

CAPITOLUL 2

FAPTELE DE COMERȚ

SECȚIUNEA 1

ASPECTE GENERALE

1.1. Criteriul comercialității

Calificarea noțiunii de comercialitate aparține dreptului intern al fiecărei țări și se face după criterii proprii.

Determinarea comercialității recunoaște, în diferitele sisteme naționale de drept, două concepții:

- concepția subiectivă (criteriul subiectiv)
- concepția obiectivă (criteriul obiectiv)

Îmbrățișând **criteriul subiectiv**, unele legislații naționale fac să depindă caracterul comercial sau civil al actului (faptului) juridic de calitatea autorului, a subiectului; actul (faptul) este comercial dacă este săvârșit de un comerciant, calitatea de comerciant rezultând din lege sau din înscrierea într-un anumit registru (de exemplu în dreptul german).

Alte legislații, dând expresie **concepției obiective**, determină comercialitatea potrivit elementelor intrinseci ale actului juridic respectiv, naturii sale și independent de calitatea participanților la raportul juridic respectiv. Aceasta este valabilă în dreptul român, dar și în cel francez, italian, spaniol.

1.2. Reglementare

În dreptul nostru, enumerarea faptelor de comerț este dată de Codul comercial care, folosind **criteriul pozitiv**, arată categoriile de fapte considerate fapte de comerț obiective în articolul 3, iar apoi, folosind **criteriul negativ**, în articolul 5, indică acele fapte care nu pot fi calificate a fi comerciale. Deși până aici recunoaștem aplicarea criteriului obiectiv, pentru că prin săvârșirea de fapte de comerț obiective ajungem la dobândirea calității de comerciant, deci la fapte subiective, Codul comercial, în articolul 4, se referă la faptele subiective de comerț.

În concluzie, Codul comercial român consacră criteriul obiectiv de calificare a faptelor de comerț (conform articolelor 3 și 5 Cod comercial), dar, considerându-l insuficient, îl completează cu o prezumție de comercialitate, deci aplicând criteriul subiectiv (conform articolului 4 Cod comercial).

SECȚIUNEA 2

CLASIFICAREA FAPTELOR DE COMERȚ

Potrivit Codului comercial român, faptele de comerț se clasifică în:

- **fapte obiective** (reglementate de art. 3 Cod comercial, potrivit criteriului pozitiv și de art. 5 Cod comercial, potrivit criteriului negativ);
- **fapte subiective** (reglementate de art. 4 Cod comercial);
- **fapte unilaterale** sau **mixte** (reglementate de art. 6 și 56 Cod comercial și care, având caracter civil pentru una dintre părți și comercial pentru cealaltă parte, sunt considerate mixte; fiind comerciale doar pentru o parte, pot fi numite unilaterale).

fapte obiective de comerț

prin natura lor sunt comerciale și sunt enumerate de legiuitor în articolul 3 Cod comercial

fapte subiective de comerț

a căror comercialitate este dată de **calitatea** celor ce le săvârșesc; prezumția că toți comercianții săvârșesc fapte comerciale, cu excepțiile enumerate în articolul 4 Cod comercial

fapte unilaterale sau mixte de comerț

pentru o parte faptul e **civil**, pentru celălalt are caracter **comercial**; regimul lor juridic este reglementat de articolul

56 Cod comercial.

2.1. Fapte de comerț obiective

Se numesc obiective pentru că legiuitorul le-a considerat comerciale datorită **naturii lor** și pentru motive de ordine publică. Orice persoană este liberă să săvârșească sau nu faptele enumerate de art. 3 Cod comercial român, dar dacă le-a săvârșit, persoana în cauză intră sub incidența legilor comerciale.

Pentru că trăsătura comună a celor 20 de operațiuni (acte, fapte) enumerate de art. 3 Cod comercial este **intermedierea** (în sensul că, potrivit teoriei circulației, actul de comerț este un act de interpunere în circulația mărfurilor de la producător la consumator în scopul obținerii unui beneficiu) și că uneori poate îmbrăca forma **întreprinderii** (în sensul că, potrivit teoriei întreprinderii, actul de comerț presupune o activitate metodic organizată, incluzând atât capitalul cât și forța de muncă salariată, desfășurată pe riscul întreprinzătorului) iar alteori comercialitatea se datorează **legăturii strânse cu un fapt calificat de lege ca fiind comercial**, distingem trei categorii de fapte de comerț obiective:

- ➡ operațiuni de intermediere (interpunere în schimbul mărfurilor și al titlurilor de credit);
- ➡ întreprinderile (acte de intermediere în operațiunile de schimb folosind forța de muncă salariată);
- ➡ fapte conexe (accesorii).

1. Operațiunile de intermediere sunt operațiuni de interpunere în schimbul sau circulația mărfurilor.

Aceste operațiuni corespund noțiunii de comerț, în accepțiunea sa economică, ca activitate de vânzare-cumpărare a mărfurilor care circulă astfel între producător și consumator, activitate care are ca scop obținerea de profit. Finalitatea acestor operațiuni nu este așadar folosirea mărfurilor pentru scopul propriu, personal sau al familiei, ci **vânzarea, revânzarea sau închirierea în scop speculativ**. Din categoria acestor operațiuni fac parte vânzarea-cumpărarea, consignația, titlurile de credit și operațiunile de bancă și schimb.

a) Vânzarea-cumpărarea comercială

Regula ce s-ar fi putut desprinde din **articolul 3 Cod comercial** ar fi următoarea:

- ❑ cumpărarea pentru a fi un act de comerț trebuie încheiată cu intenția ca obiectul cumpărat să fie revândut sau, cel puțin atunci când natura obiectului permite, să fie închiriat;
- ❑ vânzarea este comercială când a fost precedată de o cumpărare comercială, adică a fost făcută cu intenția de a revinde.

Această regulă este întărită de conținutul **articolului 5 Cod comercial**, potrivit căruia “Nu se poate considera ca fapt de comerț cumpărarea de produse sau mărfuri ce s-ar face pentru uzul sau consumațiunea cumpărătorului ori familiei sale”. Acest articol conține reglementarea criteriului negativ de calificare a faptelor de comerț prezentat mai înainte (în secțiunea 2). Din interpretarea lui deducem că ori de câte ori vânzarea-cumpărarea va avea ca finalitate consumul sau folosința bunului vândut de către însuși cumpărătorul sau de către familia sa, actul juridic va îmbrăca forma civilă și nu comercială. Aceasta pentru că în locul speculațiunii (obținerii de profit), vânzarea-cumpărarea a urmărit folosirea sau consumarea bunului, obiect al cumpărării, de către însuși cumpărătorul sau familia sa.

În ceea ce privește **obiectul vânzării**, Codul comercial român enumeră mărfurile și produsele “fie în natură” (prin produse vom înțelege produsele naturale ale solului: cereale, legume sau produse animale: lână, carne), adică neprelucrate, “fie după ce se vor fi lucrat”, adică după ce au devenit produse finite (exemplu: materii prime, materiale devenite mașini, unelte etc.) sau care doar au fost “puse în lucru” (echivalentul de azi al semifabricatelor).

Generalizând am putea conchide că vânzarea este comercială, potrivit Codului comercial din 1887, când obiectul este un **bun mobil** supus vânzării sau închirierii, în scop speculativ. Deși legiuitorul de la 1887 a lăsat, cu bună știință, în afara obiectului vânzării bunurile imobile (cu toate că în Codul italian din 1882 se admitea și vânzarea de imobile în scop de speculație, ca act comercial), azi, interpretând actele normative recent adoptate (Legea nr. 298/2001 pentru modificarea și completarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale), extinzând sfera de cuprindere a fondului de comerț și **asupra imobilelor**, revine la “modelul italian”. Acceptăm astăzi că vânzarea este comercială și când are ca obiect bunuri imobile, ori de câte ori se urmărește revânzarea sau închirierea bunului respectiv (a se vedea și capitolul 3, secțiunea 3.2. privind fondul de comerț).

Art. 3, punctele 1 și 2 Cod comercial enumeră ca obiect al vânzării-cumpărării comerciale și titlurile de credit (a se vedea, în continuare, literele c și d).

b) Operațiuni de punere în consignatie a mărfurilor sau produselor în scop de vânzare

Contractul de **consignatie** este contractul prin care una din părți, **consignantul** încredințează altei persoane, numită **consignatar**, mărfuri spre a le revinde în nume propriu, la un preț dinainte stabilit, pe contul consignantului, cu obligația fie de a remite celui din urmă prețul obținut, fie de a restitui lucrul în natură. Contractul este reglementat prin Legea nr. 178 din 30 iulie 1934, republicată și nu trebuie confundată cu activitatea desfășurată azi sub denumirea de “Second Hand”. În timp ce prin contractul de consignatie consignatarului nu-i revine niciodată dreptul de proprietate asupra mărfii încredințate de consignant, patronul magazinului din rețeaua „Second Hand” a cumpărat, deci a devenit proprietarul mărfii pe care o vinde apoi în magazin. Consignatarul nefiind și proprietarul mărfii ce se vinde, are obligații ce rezultă de regulă din păstrarea ei (specifice depozitului), dar și de a-l reprezenta pe consignant (specifice contractului de comision) (a se vedea capitolul 6, secțiunea 2.4.).

c) Contractele de report asupra obligațiunilor de Stat sau altor titluri de credit circulând în comerț (conform articolului 3, punctul 3 Cod comercial)

Reportul, reglementat de articolele 74-76 Cod comercial, este un contract care constă în cumpărarea de către **reportator**, pe bani gata de titluri de credit de stat (de exemplu: obligațiuni de stat) sau alte titluri de credit circulând în comerț (acțiuni, obligațiuni ale societăților comerciale) și în revânzarea simultană, cu termen și cu un preț determinat, către aceeași persoană, numită **reportat**, a unor titluri de aceeași specie. Posibilitatea recurgerii la report apare când o persoană, titulară a unor titluri de credit, are nevoie de numerar. Ea ar putea să vândă titlurile, ori să le constituie ca gaj în vederea obținerii unui împrumut. Mai avantajos ar fi însă să dea aceste titluri în report, mai ales dacă nu dorește să se despartă definitiv de ele. **De exemplu, o persoană A deține 10 acțiuni ale unei bănci comerciale și le vinde lui B, la prețul nominal de 8.000 lei o acțiuni, pe care-l încasează imediat.** Prin același contract părțile se înțeleg ca, la un anumit termen, B să-i revândă lui A 10 acțiuni ale aceleiași bănci (dar nu exact cele cumpărate) la un anumit preț, de obicei mai mare decât valoarea nominală (de exemplu, 9.000 lei o acțiune) – diferența între suma plătită și cea încasată de reportatorul B poartă denumirea de **report**. Până la revânzarea titlurilor valoarea lor poate să urce sau să scadă, existând un risc al reportului. În cazul nostru, să ne imaginăm că B, înainte de revânzarea către A, vinde acțiunile cu un anumit preț – să zicem 10.000 lei pe acțiune – dar va fi nevoit să cumpere 10 acțiuni, a căror valoare a crescut la 17.000 lei acțiunea, în vederea revânzării către A. La report se speculează: unii “à la hausse”, alții “à la baisse”. Aceste operațiuni se încadrează în categoria operațiilor speculative de valori, numite operațiuni bursiere. Prin finalitatea lor speculativă, sunt și ele acte obiective de comerț (a se vedea capitolul 6, secțiunea 2.5.).

d) Cumpărările sau vânzările de părți sau acțiuni ale societăților comerciale (conform articolului 3, punctul 4 Cod comercial)

Activitatea societăților comerciale are ca finalitate obținerea de profit; cu atât mai mult, cumpărarea sau vânzarea de acțiuni, care reprezintă diviziuni ale capitalului social al societăților comerciale de capitaluri, va constitui fapt de comerț obiectiv.

e) Operațiunile de bancă și schimb (conform articolului 3, punctul 11 Cod comercial)

Operațiunile de bancă constau în: depozite de sume de bani sau de titluri, acordare de credite, operațiuni asupra titlurilor de credit, efectuare de plăți etc. și se realizează de către Banca Națională a României și de către băncile comerciale.

Operațiunile de schimb sunt operațiunile de schimb de monedă sau bilete de bancă națională sau străine, precum și operațiuni referitoare la transmiterea de fonduri. Ele sunt efectuate atât în cadrul băncilor comerciale, dar și al caselor de schimb valutar.

f) Cambiile și ordinele de produse sau de mărfuri (conform articolului 3, punctul 14 Cod comercial)

Cambia este un titlu la ordin formal și complet, cuprinzând obligația necondiționată, autonomă, abstractă și solidară de a plăti sau a dispune să se plătească o sumă determinată de bani la scadență și la locul convenit, care este negociabilă prin gir și beneficiază de o procedură de execuție eficace și promptă.

Ordinul de produse este o cambie, care nu are obiect o sumă de bani, ci o cantitate de mărfuri sau produse (de exemplu: grâu, porumb).

Biletul la ordin este și el, ca și cambia, un titlu de credit, creat de subscriitor sau emitent în calitate de debitor care se obligă să plătească o sumă de bani fixată, la un anumit termen sau la prezentare, unei alte persoane, denumită beneficiar, care are calitate de creditor.

Rațiunea pentru care cambia și biletul la ordin sunt considerate de lege fapte obiective de comerț este tradiția, ele fiind dintre cele mai vechi instituții de drept comercial. Cambia de exemplu s-a născut în comerț, fiind utilizată la început numai de către comercianți, dar, în timp, chiar și de necomercianți. Astăzi, fie că are ca temei o obligație civilă sau comercială, cambia este un fapt obiectiv de comerț și este reglementată, alături de biletul la ordin, de Legea nr. 58/1934 (a se vedea și capitolul 8 – secțiunea 1 și 2).

2. Întreprinderile

Întreprinderea este un organism economic și social. Ea constituie o organizare autonomă a unei activități cu ajutorul factorilor de producție (forțele naturii, capitalul și munca) de către întreprinzător și pe riscul său, în scopul producerii de bunuri și servicii, destinate schimbului, având ca finalitate obținerea unui profit.

În doctrină, având în vedere obiectul lor, întreprinderile enumerate de articolul 3 Cod comercial sunt împărțite în două grupe:

- ❑ **Întreprinderile de producție** (industriale) din care fac parte:
 - întreprinderile de construcții (care se interpun între clientul-beneficiar și lucrători);
 - întreprinderile de fabrici și manufactură (care au ca obiect transformarea materiei prime, prelucrarea ei și obținerea de produse industriale sau de manufactură).
- ❑ **Întreprinderile de prestări de servicii** și cuprinde:
 - întreprinderile de furnituri (care presupun o activitate prin care furnizorul, în schimbul unui preț determinat anticipat, asigură prestarea unui serviciu sau predarea de produse la termene succesive – de exemplu, R.A.T.B., R.A.S.U.B.);
 - întreprinderile de spectacole publice (interpunându-se între artist și spectator);
 - întreprinderile de comisioane (în care comisionarul încheie, în mod permanent afaceri în nume propriu, dar pe seama comitentului);
 - agenții și oficii de afaceri (în care se intermediază afaceri în diferite domenii ca: turism, vânzare-cumpărare și închirieri de imobile, publicitate etc.);

- întreprinderi de editură, librării și obiecte de artă (având ca obiect reproducerea și difuzarea unei lucrări sau vânzarea unor obiecte de artă, când vinde altă persoană decât autorul sau artistul);
- întreprinderile de transport (în care transportatorul de mărfuri sau de persoane se comportă ca un intermediar între expeditorul-furnizor și destinatarul-beneficiar, prestând un serviciu expeditorului-furnizor în favoarea terțului-beneficiar, adică destinatarului);
- întreprinderile de imprimerie (care multiplică operele literare, științifice sau artistice folosind mijloace mecanice);
- întreprinderile de asigurare (își desfășoară activitatea sub forma societăților de asigurare);
- depozitele în docuri și antrepozite (privind organizarea activității de depozitare a mărfurilor sub formă de întreprindere, dar și operațiunile de depozitare și documentele vizând marfa depozitată).

3. Fapte conexe (accesorii)

Faptele de comerț conexe sau accesorii sunt faptele juridice care au, prin natura lor, un caracter civil, dar, pentru că existența lor este legată de un fapt calificat de lege ca fiind comercial, dobândesc și ele caracter comercial, potrivit regulii “*accessorium sequitur principale*” (adică ceea ce este accesoriu, conex, urmează regimul juridic al faptului principal).

Sunt fapte accesorii:

- ❑ **operațiunile de mijlocire în afaceri** (pentru că mijlocitorul aduce în față pe partenerii de afaceri și, datorită priceperii și efortului intermediarului, se încheie un act juridic comercial între aceștia; de exemplu: o vânzare-cumpărare comercială, o închiriere comercială etc.);
- ❑ **expedițiunile maritime și toate contractele privitoare la comerțul pe mare și navigație** (în care faptul principal este vânzarea-cumpărarea de mărfuri în scop de profit, dar marfa trebuie transportată “pe mare” și atunci toate operațiunile necesare acestui transport devin automat comerciale prin conexitatea pe care o au cu faptul principal. Pe criteriul logicii, vom aplica aceeași explicație transportului aerian.);
- ❑ **depozitele pentru cauză de comerț** (din nou faptul principal este vânzarea-cumpărarea comercială, dar marfa, până a fi vândută trebuie depozitată, deci contractul de depozit va căpăta prin conexitate cu faptul principal un caracter comercial);
- ❑ **contul curent și cecul** care însă, potrivit articolului 6 alineatul 2 Cod comercial, nu sunt considerate ca fapte de comerț în ceea ce privește pe necomercianți “afară dacă ele n-au o cauză comercială” (când doi comercianți încheie un contract de cont curent – în acest sens a se vedea capitolul 6, sect. 2.6 – prin finalitatea sa va fi un contract comercial, dar dacă **corențiștii**, ca parteneri ai contractului de cont curent încheie acest contract fără finalitate comercială, faptul va fi civil). Astfel, va fi civil contul curent încheiat între două persoane când A împuternicește pe B să-i plătească abonamentul lunar către Romtelecom în București, iar B îl împuternicește pe A să-i plătească întreținerea la apartamentul său din Galați pe perioada în care A se află la Galați);
- ❑ **mandatul, gestiunea de afaceri, plata nedatorată, îmbogățirea fără justă cauză** etc., atunci când au o cauză comercială.

2.2. Fapte subiective de comerț

Faptele subiective de comerț reprezintă acea categorie de fapte care, fiind săvârșite de un comerciant capătă calificarea de a fi “comerciale”. Deci, **calitatea subiectului** determină natura juridică a faptului săvârșit.

Prezumția de comercialitate

Articolul 4 Cod comercial dispune că “se socotesc, afară de acestea (adică de faptele deja analizate în articolul 3 Cod comercial), ca fapte de comerț celelalte contracte și obligațiuni ale unui comerciant, dacă nu sunt de natură civilă sau dacă contrariul nu rezultă din însuși actul”.

Prin acest articol, legiuitorul instituie o **presumție relativă** (“*juris tantum*”) de comercialitate cu privire la toate actele și operațiile unui comerciant, care poate fi însă răsturnată (înlăturată), dovedindu-se contrariul, adică tocmai caracterul civil al faptului. Aceasta este posibilă în două situații, care se constituie ca excepții de la prezumția de comercialitate.

Excepții:

- Acte care prin natura lor sunt întotdeauna civile (căsătoria, adopția, testamentul), care, chiar încheiate de un comerciant, rămân civile;
- Acte expres civile (care corespund acelei părți din articolul 4 Cod comercial conform căruia actele sunt comerciale “dacă contrariul nu rezultă din însuși actul”), adică vor fi civile actele în care se stipulează expres cauza civilă a acestora (de exemplu: va fi civilă și nu comercială constituirea unei ipotece pentru garantarea unui împrumut făcut de un comerciant în scopul achiziționării unei locuințe pentru uzul personal al comerciantului și al familiei sale).

Pentru determinarea caracterului civil și nu comercial al unui fapt, legiuitorul mai folosește un criteriu negativ, enumerând fapte ce nu pot fi comerciale. Astfel, potrivit articolului 5 Cod comercial “Nu se poate considera ca fapt de comerț cumpărarea de produse sau de mărfuri ce s-ar face pentru uzul sau consumațiunea cumpărătorului, ori a familiei sale; de asemenea, revânzarea acestor lucruri și nici vânzarea produselor pe care proprietarul sau cultivatorul le are după pământul său sau cel cultivat de dânsul”.

În primul rând nu sunt fapte de comerț acelea care **vizează satisfacerea unor interese (“uzul” sau “consumațiunea”)** ale cumpărătorului sau ale familiei sale (prin interpretarea extensivă vom înțelege că aceeași concluzie este valabilă și pentru cumpărătorul-comerciant). Nici revânzarea acestora, dacă intenția de revânzare n-a existat chiar la încheierea actului. De exemplu: cumpărarea unei perechi de pantofi, care n-a fost achiziționată cu scop de revânzare, dar pe care cumpărătorul se hotărăște s-o revândă pentru că nu i se potrivește și-l jenează; în acest caz actul de cumpărare și cel de vânzare sunt civile (a se vedea și secțiunea 2.1 (a) – Vânzarea-cumpărarea comercială).

În al doilea rând, nu sunt fapte de comerț **activitățile agricole**, sub diferite forme: vânzarea produselor de către proprietar (cel care are terenul în proprietate vinde roadele acestuia) sau de către cultivator (fiind posibil ca proprietarul să nu-și lucreze pământul ci să-l dea în arendă și atunci vânzarea produselor se face de către arendașul-cultivator) pentru că, în ambele cazuri nu există o interpunere între producător și consumator. În măsura în care un țaran producător autorizat vinde brânza obținută din laptele dat de vaca din gospodăria sa, actul/actele de vânzare sunt de natură civilă; dacă însă cumpără el însuși laptele de la alți producători pentru a obține mai multă brânză și a o vinde, se intervine între producător și consumator (deci în schimb) și săvârșește fapte de comerț obiective. Pentru a dovedi calitatea de comerciant ar trebui făcută dovada interpunerii în schimb, până la această probă vânzarea rămâne civilă; **caracterul civil este regula, comercialitatea fiind excepția.**

Societatea agricolă

O problemă discutată în literatura de specialitate și în practica judiciară este aceea dacă întreprinderea agricolă are caracter civil sau comercial.

Potrivit articolului 5 Cod comercial, **obiectul civil al activității va atrage caracterul civil al societății agricole**. În acest sens sunt și dispozițiile Legii nr. 36/1991 privind societățile agricole și alte forme de asociere în agricultură, conform cărora proprietarii de terenuri agricole se pot organiza fie în asocieri simple, fie în formă de societăți civile potrivit Codului civil, ca societăți agricole. Dar aceeași lege precizează, derogând de la articolul 5 Cod comercial că, atunci când o **societate agricolă** se constituie în una din formele reglementate de Legea nr. 31/1990 republicată, societatea **va fi considerată comercială**. Așadar, deși prin obiectul ei are caracter civil, forma pe care o îmbracă, aceea de societate comercială, îi conferă caracter comercial. Se derogă astfel de la principiul că obiectul civil atrage forma civilă a societății, după cum obiectul comercial atrage natura comercială a entității respective.

2.3. Fapte unilaterale sau mixte

1. Noțiune

Un act juridic sau o operațiune poate fi faptă de comerț pentru ambele subiecte participante la raportul juridic. Astfel, actul sau operațiunea poate fi pentru ele un fapt obiectiv de comerț (exemplu: cumpărarea unei mărfi în scop de revânzare), dar poate fi și un fapt subiectiv de comerț (exemplu: un contract de închiriere a unui fond de comerț, încheiat între doi comercianți); fiind acte de comerț pentru ambele părți sunt denumite acte bilaterale. Dar mărfurile și serviciile pot fi destinate și necomercianților; este posibil ca actul juridic sau **operațiunea să fie fapt de comerț numai pentru una dintre părți, iar pentru cealaltă să fie act civil** (exemplu: un necomerciant cumpără alimente de la un comerciant – pentru cumpărător actul este civil, pentru vânzătorul-comerciant este act comercial).

Un alt exemplu de act civil pentru o parte și comercial pentru cealaltă apare în cazul agricultorului ce-și vinde produsele agricole unui comerciant angrosist: pentru agricultor, în conformitate cu articolul 5 Cod comercial, este civil, iar pentru angrosist este act de comerț în temeiul articolului 3 Cod comercial.

Aceeași este situația și în cazul articolului 6 Cod comercial care prevedea că “asigurările de lucruri sau stabilimente care nu sunt obiectul comerțului și asigurările asupra vieții sunt fapte de comerț numai pentru asigurator”, la care noi am putea adăuga că sunt civile pentru asigurat.

Deoarece în aceste cazuri actele juridice sau operațiunile exemplificate sunt fapte de comerț numai pentru una din părți, ele au fost denumite **fapte de comerț unilaterale sau mixte**.

2. Regim juridic

În dreptul comercial român problema regimului juridic al faptelor de comerț unilaterale sau mixte are o reglementare legală în articolul 56 Cod comercial, care dispune că “dacă un act este comercial numai pentru una din părți, toți contractanții sunt supuși încât privește acest act legii comerciale”.

Așadar, este suficient ca pentru o parte actul să fie comercial pentru ca întregul raport juridic să se supună legii comerciale.

Acest principiu, al supunerii faptelor mixte de comerț legii comerciale cunoaște două limitări:

- a) dispozițiile legii comerciale privitoare la persoana comercianților; adică, legea comercială reglementează numai raportul juridic în întregul lui, fără ca prin participarea la acesta necomerciantul să devină comerciant, cu toate obligațiile ce decurg din aceasta. Deci, **necomerciantul, oricâte acte juridice de acest fel ar încheia, nu devine prin aceasta comerciant** și nu va fi obligat să se înmatriculeze în Registrul Comerțului, să țină registre comerciale sau alte obligații profesionale ce revin comerciantului.
- b) dispoziții pe care însăși legea comercială le exclude de la aplicare.

De exemplu, pentru obligațiile comerciale cu pluralitate de subiecte, articolul 42 Cod comercial stabilește regula: “În obligațiile comerciale codebitorii sunt ținuți solidar, afară de stipulație contrară”, iar în alineatul final al articolului 42 Cod comercial se continuă că “nu se aplică la necomercianți pentru operațiuni care, încât îi privește, nu sunt fapte de comerț”. Interpretând articolul 42 alin. 2 Cod comercial, vom deduce că în cazul faptelor de comerț mixte, **pentru partea pentru care finalitatea este civilă, în locul principiului solidarității codebitorilor se va aplica principiul divizibilității obligațiilor, valabil în dreptul civil**.

1.1. Aspecte generale

Subiectele în dreptul comercial, în mod tradițional, sunt participanții la raporturile juridice de drept comercial, fie că sunt **persoane fizice**, fie că sunt **persoane juridice**. Potrivit Codului comercial român, subiecte ale raporturilor juridice comerciale pot fi atât comercianții cât și necomercianții.

În articolul 7 Cod comercial se prevede: “Sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț având comerțul ca profesiune obișnuită și societățile comerciale.”

⇒ În primul rând, potrivit acestui articol comercianții se împart în două categorii:

1. Comercianții persoane fizice

Persoanele fizice au calitatea de comerciant dacă săvârșesc fapte de comerț cu caracter profesional. Potrivit Codului comercial, comerciantul persoană fizică este definit prin apartenența sa la un anumit grup profesional și prin faptele de comerț pe care le săvârșește. Comerciantul persoană fizică are calitatea de comerciant și atunci când realizează această activitate în cadrul unei asociații familiale, în condițiile Decretului-lege nr. 54/1990, sau al unei societăți în participațiune, în condițiile articolului 251 Cod comercial.

2. Societățile comerciale

În privința acestora, Codul comercial precizează că ele au calitatea de comerciant. În concepția legiuitorului, prin societăți comerciale înțelegem societățile constituite conform Legii nr. 31/1990 republicată.

⇒ În al doilea rând, în Legea nr. 26/1990, republicată și în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 76/2001 se include în categoria comercianților încă două categorii de subiecte ale raporturilor de drept comercial:

A. Regiile autonome

Organizate în ramurile strategice ale economiei naționale, acestea sunt persoane juridice care funcționează pe bază de gestiune economică și autonomie financiară, în temeiul Legii nr. 15/1990 și desfășoară o activitate comparabilă cu cea a societăților comerciale.

B. Organizațiile cooperatiste

Potrivit legii, organizațiile cooperatiste desfășoară o activitate de producere și desfacere de mărfuri, prestări de servicii etc. Acestea, în virtutea calității de comerciant, sunt supuse obligațiilor care revin comercianților.

⇒ În al treilea rând, unele probleme se pun în legătură cu alte persoane juridice decât cele descrise mai sus:

1. Asociațiile familiale

Potrivit Legii nr. 507/2002, asociațiile familiale se pot înființa la inițiativa unei persoane fizice și se constituie din membrii de familie ai acestora care locuiesc în aceeași localitate. Ele își desfășoară activitatea în conformitate cu Legea nr. 507/2002 și cu respectarea legislației în vigoare. Autorizația pentru desfășurarea activității economice se eliberează la cerere de către primăriile comunelor, orașelor, municipiilor, respectiv sectoarele municipiului București. Asociațiile familiale sunt obligate să se înregistreze la Registrul Comerțului, la organele teritoriale fiscale conform reglementărilor în vigoare.

2. Asociațiile și fundațiile

Potrivit legii, scopul înființării asociațiilor și fundațiilor este desfășurarea unei activități dezinteresate, fără obținerea unui profit. Asociațiile și fundațiile nu pot avea calitatea de comerciant. Potrivit Ordonanței nr. 26/2000, asociațiile și fundațiile pot săvârși anumite fapte de comerț, de exemplu pot înființa societăți comerciale, pot organiza un restaurant pentru membrii săi etc.

3. Statul și unitățile sale administrativ teritoriale

În articolul 8 Cod comercial se prevede că statul, județul și comuna nu pot avea calitatea de comerciant. Săvârșirea de fapte de comerț de către unitățile administrativ-teritoriale privește numai serviciile publice cu gestiune privată (servicii publice cu profil comercial).

SECȚIUNEA 2

COMERCIANTUL PERSOANĂ FIZICĂ

2.1. Definirea comerciantului persoană fizică

Conform articolului 7 Cod comercial, “Sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca profesiune obișnuită...” Coroborând această dispoziție cu cele cuprinse în Legea nr. 507/2002, comerciantul persoană fizică poate fi definit ca acea persoană cetățean român sau cetățean al statelor membre ale Uniunii Europene și ai celorlalte state aparținând spațiului economic european care, având capacitatea juridică prevăzută de lege, săvârșeste în mod obișnuit, cu titlu de profesie, fapte de comerț în nume propriu și pe riscul său, obținând în prealabil autorizația prevăzută de lege și care răspunde în mod nelimitat pentru obligațiile asumate.

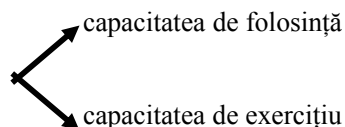
2.2. Condițiile impuse comerciantului

Persoana fizică dobândește calitatea de comerciant dacă îndeplinește în mod cumulativ mai multe condiții:

a. condiții referitoare la persoană

➔ capacitatea juridică prevăzută de lege

➔ condiții necesare protejării intereselor generale



b. condiții referitoare la activitate

- ➔ presupune să aibă calificarea necesară desfășurării activității economice a căror exercitare presupune o autorizare specială (art. 9 din Legea nr. 507/2002)

a. Condiții referitoare la persoană

1. Capacitatea de folosință

În principiu, orice persoană beneficiază de această prerogativă. Având de regulă vocația necesară pentru a fi comerciant, vocație care izvorăște din principiul libertății comerțului.

Există anumite incompatibilități, decăderi și interdicții, de regulă legale și în mod excepțional convenționale, motive care împiedică o persoană fizică să obțină calitatea de comerciant.

Incompatibilități, decăderi

Prin definiție, activitatea comercială are un caracter profitabil având un caracter speculativ. Din acest motiv ea nu poate fi exercitată de persoane care au anumite funcții sau exercită anumite profesii care privesc interesele generale ale societății, întrucât există o incompatibilitate de interese. Legea interzice persoanelor care au asemenea funcții sau profesii să practice comerțul, cu caracter profesional.

Constituția României prevede în acest sens că funcția de judecător (inclusiv de la Curtea Constituțională) și cea de procuror (magistrat) sunt incompatibile cu orice altă funcție publică sau privată (articolele 123, 131 și 142).

Din aceleași considerente, datorită funcției pe care o dețin, nu pot exercita profesiunea de comercianți: **diplomații, funcționarii publici, clericii, ofițerii.**

În mod tradițional, se consideră că există incompatibilitate și în privința celor care **exercită profesii liberale** care nu au un caracter speculativ, chiar dacă se obține un câștig: avocații, notarii, medicii, arhitecții, etc.

Singura sancțiune aplicabilă celui care a încălcat legea, prin care era instituită incompatibilitatea, nu este decât profesională și disciplinară, persoana în cauză urmând a fi destituită din funcția pe care o deține ori, după caz, să fie exclusă din organizația profesională din care face parte.

Nu pot fi comercianți cei condamnați definitiv pentru infracțiunea prevăzută la art. 281 din Codul penal și a altor infracțiuni privind regimul legal stabilit pentru unele activități economice sau a infracțiunii de fals (art. 4 din Legea nr. 507/2002).

Interdicții

Acestea pot fi legale și convenționale.

⇒ **Interdicțiile legale** se referă la anumite activități care nu pot face obiectul comerțului particular (privat) și care sunt monopol de stat (de exemplu: prelucrarea tutunului, minereurile feroase) sau activități care sunt considerate infracțiuni (comercializarea narcoticelor).

⇒ **Interdicțiile convenționale** sunt stabilite sub forma clauzelor inserate în contracte și rezultă din convențiile încheiate de comerciant și o altă persoană care dorește să practice un comerț identic cu cel al comerciantului partener contractual.

2. Capacitatea de exercițiu

Persoanele fizice pot fi comercianți dacă au capacitatea de exercițiu deplină, deci dacă au împlinit vârsta de 18 ani. Femeie măritată până la împlinirea vârstei de 18 ani, deși are capacitatea de exercițiu deplină pentru actele de drept civil, totuși nu poate fi comerciant. **Minorii și persoanele puse sub interdicție** nu pot fi comercianți. Legea nr. 507/2002 permite ca persoanele care au împlinit vârsta de 16 ani să fie angajate cu contract individual de muncă în cadrul asociațiilor familiale.

În concepția Codului comercial, incapacitatea minorului privește “începerea comerțului” când minorul moștenește un fond de comerț, continuarea comerțului în numele minorului se face de părinți sau, după caz, tutore. Potrivit art. 14 C.com. interzisul (alienat mintal) nu poate continua comerțul, eventual în cazul moștenirii unui fond de comerț, acesta trebuie să fie supus lichidării.

O situație deosebită o au persoanele la care s-a instituit curatela potrivit articolului 152 Codul familiei. Aceste persoane, deși au discernământ, nu pot să-și apere singure interesele, datorită

unei boli, infirmități sau din cauza bătrâneții. La cererea persoanei se numește un curator de către autoritatea tutelară. Teoretic persoanele puse sub curatelă nu sunt incapabile cu privire la exercitarea comerțului, dar practic este greu să exercite o activitate de comerț.

b. condiții referitoare la activitate

1. Obținerea autorizațiilor prevăzute de lege

Pentru comerciantul persoană fizică, autorizația de exercitare a comerțului se eliberează de organele locale ale administrației publice în a căror rază teritorială se află sediul comerciantului. Persoanele fizice care nu au domiciliul în România solicită eliberarea autorizației de la unitățile administrative și teritoriale de unde își au reședința.

2. Statutul juridic al comerciantului

Prin statutul juridic se înțelege totalitatea obligațiilor pe care le are comerciantul persoană fizică.

Principalele obligații sunt:

1. întocmirea și ținerea registrelor proprii
2. înregistrarea în Registrul Comerțului
3. obligații legate de ținerea contabilității (Legea nr. 82/1991)

1. Întocmirea și ținerea registrelor proprii

Registrele comerciantului sunt registre private în care sunt menționate toate operațiile privitoare la patrimoniul comerciantului. Reglementările legale privind registrele comerciantului se găsesc în dispozițiile Codului comercial, respectiv articolele 22-24 și în Legea nr. 82/1991 – Legea contabilității.

Potrivit Codului comercial (articolul 22), registrele obligatorii pentru comerciant sunt:

- ➔ **registru jurnal** – cuprinde operațiile economico-juridice efectuate de comerciant zilnic, în ordine cronologică, operații referitoare la patrimoniul său. La sfârșitul lunii, în registrul jurnal se vor înscrie și sumele de bani cheltuite pentru “nevoile casei”.
- ➔ **registru inventar** – conține inventarul patrimoniului comerciantului. Potrivit articolului 24 Cod comercial, comerciantul este obligat ca la începutul exercitării comerțului și în fiecare an să facă un inventar al averii sale, adică al tuturor bunurilor mobile, imobile, al activului, pasivului, încheind bilanțul contabil. Inventarul întocmit și bilanțul se vor trece (copia) într-un registru special numit registru-inventar.
- ➔ **registru copier** – (la care nu se mai referă actualmente Legea nr. 82/1991) cuprindea, în ordine cronologică, toate scrisorile referitoare la activitatea comerciantului pe care acesta le expedia.

Noile reglementări în materie, respectiv Legea nr. 82/1991 (articolul 20), stabilesc, în mod implicit, obligația comercianților de a ține:

- ➔ **registru jurnal**
- ➔ **registru inventar**
- ➔ **registru cartea mare** – se ține de comercianții care au un volum mare de activitate și unde contabilitatea se face în “partidă dublă”, adică fiecare operație comercială are o dublă înregistrare.

Conținutul primelor două registre este identic cu cel prevăzut în Codul comercial.

Potrivit articolului 25 din Legea nr. 82/1991, registrele de contabilitate, actele și documentele care au stat la baza înregistrărilor se păstrează timp de 10 ani, cu începere de la data închiderii exercițiului financiar în cursul căruia au fost întocmite.

2. Înregistrarea în Registrul Comerțului

Potrivit Ordonanței Guvernului nr. 76/2001 republicată și a Legii nr. 507/2002, comerciantul persoană fizică trebuie să solicite înregistrarea la Registrul Comerțului în cadrul Biroului Unic pentru a obține avizele, autorizațiile și/sau acordurile necesare și la organele fiscale teritoriale conform reglementărilor în vigoare.

Registrul comerțului este un document public, orice persoană având acces la informațiile înscrise în cuprinsul lui. Este ținut de către Oficiul Registrului Comerțului organizat în fiecare județ și în Municipiul București. Registrul Central al Comerțului se ține de către Oficiul Național al Registrului Comerțului organizat pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.

Comerciantul solicită înregistrarea la Biroul Unic completând o cerere tip, la care se adaugă actele necesare înregistrării. În termen de 20 de zile de la înregistrare se eliberează certificatul de înregistrare a comerciantului, însoțit de codul unic de înregistrare; în anexă sunt cuprinse avizele și autorizațiile necesare funcționării.

Înregistrările în Registrul Comerțului se fac pe baza unei autentificări a judecătorului delegat. Controlul legalității operațiunilor efectuate se face de către unul dintre judecătorii tribunalului județean sau, după caz, al Municipiului București, delegat anual de către președintele tribunalului.

Pe parcursul exercitării comerțului, comerciantul are obligația să evidențieze în Registrul Comerțului toate modificările referitoare la donație, vânzare, locațiune, gaj, modificări la aspecte privind înregistrarea, date cu privire la împuterniciți, embleme etc.

3. Obligații legate de ținerea contabilității (Legea nr. 82/1991)

➔ **obligația de întocmire a bilanțului contabil** anual și, după caz, în momentul reorganizării (prin comasare – fuziune sau absorbție – ori prin divizare) sau dizolvării.

Bilanțul contabil conține imaginea fidelă a patrimoniului comerciantului. Este verificat și certificat de către cenzori, contabili autorizați sau experți contabili, în condițiile legii. După aprobare, bilanțul contabil se publică și un exemplar se depune la Administrația financiară.

În situația în care comerciantul nu respectă obligațiile ce-i revin în legătură cu organizarea și conducerea contabilității, acesta răspunde conform legii. Astfel, potrivit dispozițiilor din Legea nr. 82/1991, este considerată **contravenție** și se sancționează cu amendă încălcarea normelor emise de Ministerul Finanțelor Publice referitoare la:

- utilizarea și ținerea registrelor de contabilitate;
- arhivarea și păstrarea documentelor justificative și a documentelor contabile;
- efectuarea inventarierii patrimoniului;
- întocmirea, verificarea, certificarea și depunerea bilanțului contabil

Potrivit articolului 40 din Legea nr. 82/1991, coroborat cu articolele 289 și 291 Cod penal, este infracțiune de fals intelectual efectuarea cu știință a unor înregistrări inexacte, precum și omisiunea cu știință a unor înregistrări în contabilitate, având drept consecință denaturarea veniturilor, cheltuielilor, rezultatelor financiare și elementelor patrimoniale care se referă la bilanțul contabil.

➔ **îndeplinirea la timp a obligațiilor fiscale**

- plata impozitului pe profit, potrivit Ordonanței Guvernului nr. 70/1994, republicată în 1997;
- plata impozitului pe venituri, potrivit Ordonanței Guvernului nr. 73/1999, abrogată prin O.G. nr. 7/2001
- plata TVA-ului, potrivit Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 17/2001
- plata altor taxe și impozite datorate statului.

În cazul în care comerciantul nu își îndeplinește obligațiile fiscale, răspunde contravențional sau penal.

SECȚIUNEA 3

ÎNTEPRINDEREA ȘI FONDUL DE COMERȚ

3.1. Întreprinderea

În sens uzual o întreprindere reprezintă o unitate economică de producție.

Inițial, Codul civil a considerat întreprinderea ca pe un act izolat, cum este de exemplu cel rezultat din contractul de antrepriză. Dar Codul comercial a lărgit sfera acestui contract izolat și, de asemenea, l-a plasat în timp, întreprinderea antreprenorului nemaiconstituind un singur act, ci o succesiune de acte. Pentru a organiza în mod durabil această suită de acte, antreprenorul s-a înconjurat cu o echipă de subordonați și s-a dotat cu echipamentul necesar. Apoi, în legătură cu această primă manieră de personalizare a întreprinderii, s-a mers și mai departe și, prin lege, au fost instituite drepturi și mai ales obligații ale întreprinderii.

Întreprinderea trebuie privită și dintr-un alt unghi, acela al grupurilor de întreprinderi, întrucât interdependențele economice reunesc în mod frecvent mai multe întreprinderi, ceea ce este o caracteristică a lumii moderne.

În literatura juridică se face sublinierea că noțiunea de întreprindere nu mai poate fi privită doar ca un simplu mecanism productiv, ea definindu-se înaintea de toate ca un simplu grup uman coordonat de către un organizator (persoană fizică sau societate comercială) cu ajutorul factorilor de producție, în scopul realizării unei activități statutare, în condiții de stabilitate profesională pentru salariați, de ritmicitate și de nivel calitativ al produselor oferite clienței (cap. 2, secțiunea 2.1. (2)).

Întreprinderile constituie, așadar, un factor de echilibru rațional între interesele patronului organizator (persoană fizică sau societate comercială, inclusiv acționarii), ale salariaților și ale clienților, un echilibru între capital, muncă și consum.

Mai mult decât atât, întreprinderea devine tot mai mult și un factor integrator al întregului ansamblu al aparatului economic al unei țări și chiar de implantare în structurile internaționale. De aici și necesitatea readaptării structurilor funcționale, mai ales în cazul marilor întreprinderi gestionate de societăți pe acțiuni.

În legătură cu noțiunea de “întreprindere” este necesar a fi analizată și o altă noțiune, cea de “fond de comerț”.

3.2. Fondul de comerț

Definiție

Fondul de comerț reprezintă o universalitate de bunuri mobile corporale și incorporeale pe care un comerciant le afectează comerțului său.

Există opinii care includ în fondul de comerț și bunurile imobile (a se vedea Legea nr. 298/2001 care definește fondul de comerț ca fiind totalitatea bunurilor mobile și **imobile**, corporale și necorporale, mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial) utilizate de un comerciant în vederea desfășurării activității sale.

Caracterele fondului de comerț

- ⇒ fondul de comerț reprezintă o universalitate, deci un ansamblu de bunuri privite ca un tot unitar asupra căruia pot fi efectuate operațiuni juridice (vânzare-cumpărare, donație etc.).
- ⇒ fondul de comerț este o universalitate de fapt și nu de drept, deci din fondul de comerț nu fac parte creanțele și debitele (acestea sunt incluse în noțiunea de patrimoniu).

Elementele structurale ale fondului de comerț

Pot fi grupate în două categorii: elemente corporale și incorporeale.

a) Elemente corporale

Sunt bunurile care servesc comerciantului în exploatarea fondului (materiale, utilaje, echipamente, birotică, mărfuri etc.); ele trebuie să fie specializate, să prezinte noutate, să funcționeze bine pentru atragerea clienței. Materialele și echipamentele nu sunt întotdeauna în proprietatea titularului fondului de comerț; în practică acestea sunt închiriate sau utilizate pe baza contractului de credit-bail.

Sunt considerate de asemenea, elemente corporale ale fondului de comerț mărfurile care se află în stoc în magazinul titularului fondului.

b) Elemente incorporeale

Elementele incorporeale ale fondului de comerț sunt: firma, emblema, clientela, vadul comercial (achalandage), drepturile de proprietate industrială, drepturile de autor, know-how etc.

Jurisprudența include în fondul de comerț și dreptul de folosință asupra spațiului în care se exploatează fondul de comerț (de exemplu, legislația franceză privind dreptul la bail, se referă la dreptul de folosință asupra clădirii în care se exploatează fondul de comerț).

Firma

Definiție

Firma este definită ca fiind numele sau, după caz, denumirea folosită de comerciant în realizarea operațiunilor ce fac obiectul comerțului său.

Comercianții persoane fizice sau societățile comerciale care execută acte de comerț în nume propriu, prin intermediul firmei.

Caracterele firmei

1. Este un atribut de identificare a comerciantului

Firma poate fi:

- individuală, pentru comercianții persoane fizice
- socială, pentru societățile comerciale.

Firma comerciantului poate fi:

- originară (constitutivă)
- derivată (dobândită de la adevăratul titular).

În cazul unei firme derivate, dobânditorul firmei trebuie să înscrie în firmă mențiunea “succesor”. În cazul societăților pe acțiuni și societăților în comandită pe acțiuni nu se cere mențiunea de “succesor”.

2. Noutatea firmei – condiții de validitate

Conform articolului 38 din Legea nr. 26/1990, republicată, “Orice firmă nouă trebuie să se deosebească de cele existente”. Dacă o firmă nouă este asemănătoare cu alta, trebuie să se adauge o mențiune care să o deosebească de aceasta, fie prin desemnarea mai precisă a persoanei, fie prin indicarea felului de comerț. Noutatea firmei trebuie să fie relativă.

3. Disponibilitatea firmei

Este verificată de către Biroul Unic înainte de întocmirea actelor constitutive. Se va refuza înregistrarea unei firme care poate produce confuzie cu alte firme deja înregistrate.

4. Liceitatea firmei

Potrivit articolului 40 din Legea nr. 26/1990, republicată, nici o firmă nu va putea cuprinde o denumire întrebuințată de comercianții din sectorul public.

Conținutul firmei

- ☛ comerciantul persoană fizică – firma se compune din numele comerciantului scris în întregime sau din numele și inițiala prenumelui acestuia;
- ☛ societate în nume colectiv – firma se compune din numele a cel puțin unuia dintre asociați, cu mențiunea “societate în nume colectiv” scrisă în întregime;
- ☛ societate în comandită simplă – firma conține numele a cel puțin unuia dintre asociații comandați, cu mențiunea “societate în comandită simplă” scrisă în întregime;
- ☛ societate pe acțiuni și societate în comandită pe acțiuni – firma conține o denumire proprie însoțită de mențiunea “societate pe acțiuni” sau “S.A.”;
- ☛ societate cu răspundere limitată – firma conține o denumire proprie la care se poate adăuga numele unuia sau mai multor asociați, însoțită de mențiunea “societate cu răspundere limitată” sau “S.R.L.”

Transmiterea firmei

Firma se poate transmite numai odată cu fondul de comerț. Transmiterea firmei se poate face atât prin acte juridice “*inter vivos*” cât și “*mortis causa*”.

Apărarea firmei

Comerciantul beneficiază de următoarele acțiuni:

- acțiunea în contrafacerea sau uzurparea firmei;
- acțiunea în concurență neloială;
- acțiunea în daune (despăgubiri) materiale și morale.

Înregistrarea firmei

Comerciantul se bucură de protecție juridică numai dacă firma a fost înregistrată la Registrul Comerțului. Conform articolului 30, alin. 3 din Legea nr. 26/1990, republicată, dreptul de folosință exclusivă este protejat din momentul înregistrării firmei.

Emblema

Definiție

Emblema este semnul sau denumirea care deosebește un comerciant de altul de același gen sau o întreprindere de alta de același gen.

Caracterele emblemei

1. emblema, spre deosebire de firmă, nu este obligatorie;
2. emblema deosebește un comerț de alt comerț, un stabiliment de alt stabiliment, o întreprindere de altă întreprindere;
3. noutatea emblemei (articolul 43 din Legea nr. 26/1990, republicată);
4. disponibilitatea emblemei se verifică de către Biroul Unic înainte de întocmirea actelor constitutive;
5. emblemele se scriu în primul rând în limba română; pentru a nu se confunda cu firma, emblema va fi scrisă cu litere mai mari, în așa fel încât mărimea literelor firmei să fie jumătate din cea a literelor cu care este scrisă emblema.

Transmiterea emblemei

Spre deosebire de firmă, emblema se poate transmite separat de fondul de comerț.

Înregistrarea emblemei

Dreptul de folosință exclusivă asupra emblemei se dobândește prin înscrierea ei în Registrul Comerțului.

Utilizarea emblemei

Emblemele vor putea fi folosite pe panouri de reclamă, oriunde ar fi așezate (pe facturi, scrisori, note de comandă, tarife, prospecte, afișe, publicații), și în orice alt mod numai dacă vor fi însoțite în mod vizibil de firma comerciantului.

Apărarea emblemei

Emblema poate fi protejată prin următoarele acțiuni: acțiunea în “revendicare”, în cazul uzurpării emblemei de către alt comerciant:

- acțiunea în concurență neloială;
- acțiunea în daune materiale și morale pentru prejudiciul cauzat;
- acțiunea penală în cazul când fapta săvârșită de alt comerciant legată de emblema unui comerciant întrunește elementele constitutive ale unei infracțiuni.

Clientela

Definiție

Reprezintă totalitatea persoanelor fizice și juridice care se află în raporturi juridice cu un comerciant. Din punct de vedere contabil se exprimă sub forma unei cifre.

Factorii care influențează clientela se grupează în două categorii:

- ⇒ **factori interni** care fac parte din fondul de comerț:
- obiectivi (de exemplu: calitatea imobilizărilor productive, calitatea produselor)
 - subiectivi (legați de regulă de personalul întreprinderii, de exemplu: fidelitatea, calitatea prestației efectuate, dinamismul etc.)
- ⇒ **factori externi** care influențează clientela și supravaloarea firmei, ca de exemplu elementele legate de concurență, piața deținută, posibilitatea obținerii creditelor etc.

Drepturile comerciantului asupra clientelei

Comerciantul nu are un drept subiectiv asupra clientelei, dar, cu toate acestea, clientela este evaluată în momentul transmiterii de către comerciant a fondului de comerț; deci comerciantul consideră că are o clientelă proprie.

Există o situație specială, în cazul magazinelor colective: clientela aparține în egală măsură tuturor celor care-și exploatează comerțul în magazinul respectiv. Ceea ce se evaluează în acest caz este vadul comercial care a absorbit clientela, confundându-se cu aceasta.

Dependența juridică și materială a clientelei

Apare atunci când comerțul este exploatat în cadrul altei întreprinderi (cazul magazinelor amplasate în gări, stații PECO etc.).

Vadul comercial

(achalandage)

Definiție

Reprezintă puterea sau capacitatea comerciantului de a atrage clientela.

Factorii care influențează vadul comercial se grupează în două categorii:

➔ **factori interni**

- obiectivi
 - locul amplasării magazinului sau sediului comercial;
 - calitatea produselor sau a serviciilor.
- subiectivi
 - publicitatea comerciantului;
 - calitatea personalului angajat.

➔ **factori externi**

Printre aceștia se numără: reputația bancherilor, a clienților sau a partenerilor de afaceri ai comerciantului.

Dacă locul în care se desfășoară activitatea comerciantului este deținut pe baza unui contract de închiriere (bail), la stabilirea chiriei se va avea în vedere și faptul că magazinul este amplasat într-un loc care poate să atragă un profit sporit. În acest caz cuantumul chiriei va fi mai mare decât cel plătit pentru un spațiu similar.

**Drepturile de proprietate
industrială și intelectuală**

Fondul de comerț poate să conțină ca elemente corporale:

1. mărci de fabrică, de comerț sau de servicii;
2. brevete de invenție și de inovație;
3. desene și modele ale produselor;
4. know-how (savoir-faire);
5. programe din domeniul informaticii (dreptul de autor).

Aceste elemente sunt reglementate fiecare în parte de legi speciale, mai puțin know-how-ul.

• **1. Mărcile de fabrică sau de comerț**

Definiție

Sunt semne, desene și chiar denumiri care individualizează produsele unui fabricant sau mărfurile unui comerciant, deosebindu-le de produsele ce aparțin altui comerciant.

Condiții de validitate

◆ Condiții de fond

1. Noutatea mărcii, prin marcă să se deosebească produsele unui comerciant de ale altora, să se deosebească de mărcile legitim dobândite de alții.

Condiția noutății este relativă și nu absolută, ca în cazul brevetelor de invenție.

Nu este necesar să se aleagă un semn care să fie rezultatul fanteziei originale, fiindcă în acest domeniu, ca și în cel al emblemelor, s-ar cere imposibilul; este suficient să existe o deosebire în comparație cu mărcile legal dobândite de alți producători. Aceasta înseamnă că noutatea va fi apreciată în raport cu mărcile care beneficiază de anterioritatea folosinței și al depozitului în condițiile legii.

Din acest principiu rezultă că se pot adopta mărci care au fost folosite, dar care au intrat în domeniul public “prin abandon”, mărci folosite de alții, însă pentru industrii sau produse de comerț deosebite. Pot, de asemenea, să fie folosite opere de artă intrate în domeniul public, la care comerciantul nu are nici o contribuție creatoare (de exemplu un fabricant de produse de înfrumusețare feminină poate să adopte ca marcă celebrul portret al Giocondei).

Noutatea mărcii se apreciază în raport cu toate elementele componente, fără a discuta elementele sale constitutive considerate în mod izolat, pentru care o marcă de fabrică sau de comerț poate fi confundată cu alta, în privința aspectelor sale de detaliu. Ceea ce interesează este impresia generală pe care o lasă privirea unei mărci. Aprecierea posibilităților “confuziunii” mărcilor aparține instanței, care este suverană; oricum soluția trebuie motivată sub aspectul îndeplinirii condiției de fond, adică de noutate a mărcii.

2. Specializarea mărcii constă în calitatea mărcii de a individualiza și de a distinge mărfurile unui comerciant.

Nu este suficient ca o marfă să fie nouă, originală, față de toate celelalte înscrise și folosite în aceeași ramură de comerț sau industrie, ci trebuie ca marca să distingă proveniența mărfurilor sau produselor unui anumit comerciant.

◆ Condiții de formă

1. Depozitul mărcii nu creează dreptul de proprietate asupra ei; el nu poate decât să “înregistreze”, cu efecte față de terți, intenția unei persoane de a folosi o marcă. Această formalitate creează prezumția că o marcă aparține deponentului, prezumție care poate fi răsturnată prin proba contrarie.

Așadar, depozitul (păstrarea) mărcii nu este constitutiv de proprietate, ci este declarativ, proprietatea dobândindu-se prin faptul ocupațiunii efective sau al folosinței.

În caz de conflict asupra folosirii unei mărci, hotărâtoare va fi nu anterioritatea sau prioritatea depozitului, ci anterioritatea sau prioritatea folosinței.

2. Compoziția mărcii. Principiul libertății alegerii. Persoana (comerciantul) care dorește să-și protejeze produsele prin intermediul unei mărci are deplină libertate în alegerea semnelor, cu unica limitare că nu pot face obiectul unei mărci private denumirile generice sau necesare ale produselor, adică acele cuvinte cu care, în general, sunt denumite produsele.

Pot fi adoptate ca mărci:

⇒ **Numele**, cu condiția ca întrebuintarea lui ca marcă să se facă sub formă deosebită. Numele singur nu poate prezenta caracter de noutate și de specialitate, condiții necesare îndeplinirii de către marcă a funcțiilor sale. Numele poate însă să capete alte caractere dacă literele sunt aranjate într-o altă formă decât cea obișnuită.

⇒ **Denumirile** pot forma obiectul unei mărci, cu condiția să fie originale. Și în acest caz există limitări, în sensul că nu pot fi adoptate denumirile generale ale produsului respectiv sau denumirile cu caracter geografic.

⇒ **Culoarea** poate fi un sens distinctiv pentru unele produse lichide; rămâne la libera apreciere a instanțelor de fond de a considera culoarea ca un element distinctiv.

Transmiterea mărcii

Dreptul asupra unei mărci este de natură patrimonială și, în același timp este un element al fondului de comerț; ca atare, poate face obiectul transmisiunii prin acte juridice ca: vânzare-cumpărare, donație, testament etc. transmiterea poate fi cu efect parțial sau total.

Comerciantul se bucură de protecție juridică dacă marca a fost înregistrată la OSIM; protecția juridică produce efecte timp de 10 ani.

- **2. Brevetul de invenție**

Definiție

Brevetele de invenție reprezintă, alături de firmă, emblema și marca de fabrică sau de comerț, un drept, un bun incorporabil al fondului de comerț.

Condiții de validitate

✚ **Condiții de fond**

Noutatea trebuie să fie **absolută**, adică invenția să fie originală.

Brevetele se împart în două categorii: principale și de perfecționare.

✚ **Condiții de formă**

Brevetul trebuie să fie înregistrat la OSIM. Protecția asupra invenției operează timp de 20 de ani.

Brevetul de invenție conferă posesorului sau succesorilor legali ai acestuia următoarele drepturi:

- de a exploata în folosul său obiectul brevetului;
- de a urmări în instanță pe acela care a uzurpat dreptul derivând din brevet. Drepturile rezultate din brevet pot fi transmise prin acte juridice de vânzare-cumpărare, donație, licență, testament.

Operațiuni asupra fondului de comerț

În legislația română există în prezent două dispoziții care se referă în mod expres la operațiile care se pot face asupra fondului de comerț:

- În articolul 2 din Legea nr. 26/1990, republicată, în care sunt prevăzute actele juridice “inter vivos” asupra fondului de comerț; acestea sunt, în principal: **vânzarea, donația, locațiunea, gajul.**
- Deși legea nu o prevede expres, există și o altă operațiune juridică, respectiv **aportul în societate al fondului de comerț.**

În articolul 41 din Legea nr. 26/1990, republicată, se precizează că în cazul transmiterii fondului de comerț prin testament sau moștenire legală, dobânditorul trebuie să îndeplinească anumite condiții:

- o condiție de formă: condiția de publicitate;
- două condiții de fond: una relativă la numele comerciantului și consimțământul expres al proprietarului.

3.3. Exercițarea comerțului în limitele concurenței licite

1. Noțiunea de concurență

În economia de piață, agenții economici acționează în mod liber pe baza proprietății private și în concordanță cu legea cererii și a ofertei.

Concurența este definită ca o confruntare între agenții economici pentru câștigarea și conservarea clientelei, în scopul rentabilizării propriei activități.

Concurența este protejată de lege sub dublu aspect:

- reprimarea înțelegerilor și practicilor anticoncurențiale, monopoliste, care periclitează existența concurenței (Legea nr. 21/1996 privind concurența).
- sancționarea folosirii unor mijloace nelicite de atragere a clientelei (Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, modificată și completată prin Legea nr. 298/2001).

2. Protecția împotriva concurenței neloiale

Concurența neloială este o formă a concurenței ilicite. Ea constă din săvârșirea de către comerciant, în scopul atragerii clientelei, a unor acte și fapte care

contravin legii, bunelor moravuri în activitatea comercială și loialității profesionale.

În sensul articolului 2 din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, modificată și completată prin Legea nr. 298/2001, constituie concurență neloială “orice fapt contrar uzanțelor cinstite în activitatea industrială și de comercializare a produselor, de execuție a lucrărilor, precum și de efectuare a prestărilor de servicii”.

În doctrină, actele și faptele care constituie manifestări ale concurenței neloiale se clasifică în următoarele categorii: divulgare, folosire, deturnare, comunicare, acapararea clientelei.

➡ **Divulgarea** este un act de concurență neloială care se referă la dezvăluirea:

- “unui secret comercial de către un comerciant sau un salariat al acestuia, fără consimțământul deținătorului legitim al respectivului secret comercial și într-un mod contrar uzanțelor comerciale cinstite”;
- unor informații secrete în legătură cu rezultatele unor experimentări, “cu excepția situațiilor în care dezvăluirea acestor informații este necesară pentru protecția publicului sau cu excepția cazului în care s-au luat măsuri pentru a se asigura că informațiile sunt protejate contra exploatării neloiale în comerț, dacă aceste informații provin de la autoritățile competente”;
- unui secret comercial “de către terți, fără consimțământul deținătorului său legitim, ca rezultat al unei acțiuni de spionaj comercial sau industrial”;
- unui secret comercial “de către persoane aparținând autorităților publice, precum și de către persoane împuternicite de deținătorii legitimi ai acestor secrete pentru a-i reprezenta în fața autorităților publice”.

➡ **Folosirea** este un act de concurență neloială care se referă la:

- utilizarea “unei firme, invenții, mărci, indicații geografice, unui desen sau model industrial, unor topografii ale unui circuit integrat, unei embleme sau unui ambalaj de natură să producă confuzie cu cele folosite legitim de alt comerciant”;
- “folosirea în scop comercial a rezultatelor unor experimentări a căror obținere a necesitat un efort considerabil sau a altor informații secrete în legătură cu acestea, transmise autorităților competente în scopul obținerii autorizațiilor de comercializare a produselor farmaceutice sau a produselor chimice destinate agriculturii, care conțin compuși chimici noi”;
- utilizarea, în orice mod (producere, import, export, depozitare, oferite spre vânzare, vânzare), a “unor mărfuri / servicii purtând mențiuni false privind brevetele de invenții mărcile, indicațiile geografice, desenele sau modelele industriale, topografiile de circuite integrate, alte tipuri de proprietate intelectuală cum ar fi aspectul exterior al firmei, designul vitrinelor sau cel vestimentar al personalului, mijloacele publicitare și altele asemenea, originea și caracteristicile mărfurilor, precum și cu privire la numele producătorului sau al comerciantului, în scopul de a-i induce în eroare pe ceilalți comercianți și pe beneficiari”.

Mențiunile false asupra originii mărfurilor se referă la indicații care ar face să se creadă că mărfurile au fost produse într-un anumit stat, într-o anumită localitate sau într-un anumit teritoriu. Denumirea unui produs al cărui nume a devenit generic, indicând în comerț numai natura lui, nu este considerată mențiune falsă decât în situația “în care denumirea este însoțită de o mențiune care ar putea face să se creadă că are acea origine”.

Deturnarea se referă la atragerea clientelei unui comerciant prin “folosirea legăturilor stabilite cu această clientelă în cadrul funcției deținute anterior la acel comerciant”.

Comunicarea este un act de concurență neloială care constă în afirmațiile false ale unui comerciant, făcute în cadru restrâns sau în mod public, referitoare la:

- întreprinderea sa, cu scopul de a induce în eroare și de a-i crea “o situație de favoare în dauna unor concurenți”;
- întreprinderea altui comerciant concurent, cu scopul de a produce daune întreprinderii concurente.

Acapararea clientelei este un alt de concurență neloială și constă în condiționarea încheierii unui contract avantajos cu un client de obligația acestuia de a aduce alți clienți cu care comerciantul să încheie contracte asemănătoare.

3. Sancționarea actelor și faptelor de concurență neloială

Încălcarea obligațiilor prevăzute de lege atrage răspunderea civilă, contravențională și penală, în condițiile legii.

⇒ **Răspunderea civilă**

Persoana care săvârșește un act de concurență neloială va fi obligată să înceteze și să înlăture actul, să restituie documentele și să plătească despăgubiri pentru daunele pricinuite (articolul 6 din Legea nr. 11/1991, modificată).

⇒ **Răspunderea contravențională**

Săvârșirea unui act sau fapt prevăzut în articolul 4, lit. a-h, din Legea nr. 11/1991, modificată constituie contravenții. Acestea se sancționează cu amendă de la 10.000.000 lei la 150.000.000 în funcție de gravitatea faptelor, actualizarea cuantumului amenzilor se face prin hotărâre de Guvern, în funcție de rata inflației.

Sanctiunea se poate aplica și persoanelor juridice. Contravențiile se pot constata la sesizarea părții vătămate, a Camerelor de Comerț și Industrie sau, din oficiu, de către personalul de control împuternicit în acest scop de Oficiul Concurenței care aplică și amenda. Termenul de prescripție este de 3 ani.

⇒ **Răspunderea penală**

Constituie infracțiune de concurență neloială săvârșirea faptelor prevăzute în articolul 5, literele a-c din Legea nr. 11/1990, modificată și completată prin Legea nr. 298/2001. Aceste infracțiuni se pedepsesc cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă de la 25.000.000 lei la 50.000.000.

Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea părții vătămate ori la sesizarea Camerei de Comerț și Industrie teritorială sau a altei organizații profesionale ori la sesizarea persoanelor împuternicite de Oficiul Concurenței.

Acțiunile izvorâte dintr-un act de concurență neloială sunt de competența tribunalului locului săvârșirii faptei sau în a cărei rază teritorială se găsește sediul pârâtului sau inculpatului. La cererea deținătorului legitim al secretului comercial, instanța poate dispune măsuri de interdicere a exploatarei industriale și/sau comerciale a produselor rezultate din însușirea ilicită a secretului (articolul 7 alin.2).

CAPITOLUL 4

SOCIETĂȚILE COMERCIALE

SECȚIUNEA 1

DEFINIȚIE. CADRU CONCEPTUAL

Pentru definirea societății comerciale, cea mai apropiată accepțiune este dată de dispozițiile Codului civil român, care în articolul 1491 dispune că:

“**Societatea** este un contract prin care două sau mai multe persoane se învoiesc să pună ceva în comun, în scop de a împărți foloasele ce ar putea deriva”.

Definiția citată enunță trei componente principale care ar trebui să fie reunite cumulativ pentru existența valabilă a unei asemenea entități:

1. necesitatea **încheierii unui contract**, denumit și pact societar.
2. **constituirea unui fond comun**, alcătuit din aporturi ale membrilor.
3. **scopul** asociațiilor este **de a realiza câștiguri și de a le împărți între ei**.

Textul articolului 1491 omite totuși să amintească explicit un alt element caracteristic și anume, **voința comună a asociaților de a conlucra** în vederea obținerii de câștiguri. Această voință, denumită “*affectio societatis*” întregeste notele specifice enumerate expres de legiuitor.

Trăsăturile evocate sunt caracteristice societății civile dar, printr-o interpretare extensivă, pot fi aplicate și în cazul societății comerciale. De altfel, între societatea civilă și cea comercială există o suită de asemănări și deosebiri.

Asemănări

- ⇒ ambele **au aceeași esență**; fiecare reprezintă o grupare de persoane și de bunuri (capitaluri) în scop lucrativ; asociații urmăresc realizarea și împărțirea beneficiilor. Sub acest aspect, ambele tipuri de societăți se deosebesc de grupările fără scop lucrativ, respectiv asociațiile și fundațiile.
- ⇒ atât societatea civilă cât și cea comercială **iau naștere printr-un contract de societate**, elementele esențiale ale contractului de societate civilă se regăsesc și în cel de societate comercială (contribuții ale asociaților = aporturi, intenția de a desfășura în comun o anumită activitate cât și obținerea și partajarea beneficiului) astfel încât, în ambele cazuri contractul de societate are caracter de bi sau plurilateral, cu titlu oneros, comutativ, cu executarea succesivă și consensual; cu precizarea că, potrivit Ordonanței de urgență a guvernului nr. 76/2001 republicată, actul constitutiv la societatea comercială nu mai este supus obligativității încheierii în formă autentică (anterior acestei reglementări forma solemnă era obligatorie) putând îmbrăca forma unui înscris sub semnătură privată, cu unele excepții (a se vedea pentru enumerarea excepțiilor – secțiunea 3.1.).

Deosebiri

- ➔ o primă deosebire se referă la **obiectul** sau natura operațiilor pe care le realizează societatea; o societate este comercială dacă, potrivit contractului, are ca obiect efectuarea unor operațiuni calificate de Codul comercial ca fapte de comerț; dacă societatea are ca obiect realizarea unor activități care nu sunt fapte de comerț, ea este o societate civilă (a se vedea și capitolul 2, secțiunea 2.2.).

De remarcat că, în timp ce în cazul persoanei fizice, pentru dobândirea calității de comerciant este necesar ca aceasta să săvârșească **efectiv** fapte de comerț, ca o profesiune obișnuită, în nume propriu (a se vedea capitolul 3, secțiunea 2.2), în cazul societății comerciale, simpla stabilire în contract a unui obiect comercial îi conferă acesteia caracter comercial, **indiferent dacă în fapt realizează sau nu acest obiect**. Concluzia ce se desprinde este că **persoana fizică “devine” comerciant, pe când societatea “se naște” comercială, dacă obiectul ei este comercial**.

O problemă deosebită se ridică în cazul în care în actul constitutiv se stabilesc ca obiect al societății, pe lângă operațiuni comerciale și operațiuni civile. În asemenea caz trebuie să se cerceteze și

să se determine care este în fapt activitatea societății și ce rol joacă fiecare dintre cele două categorii de operațiuni în realizarea obiectului societății. Dacă operațiunile comerciale au o importanță redusă, ori servesc numai ca mijloc de realizare a unor operațiuni civile, societatea va fi civilă.

În dreptul român s-a formulat concepția potrivit căreia cei ce exercită profesii libere (medici, avocați, profesori, arhitecți, contabili etc.) nu se pot asocia când obiectul activității îl constituie exercitarea profesiei respective (liberale) decât sub forma de societăți civile. Concepția poartă amprenta principiului că obiectul civil atrage constituirea de entități civile. Considerăm anacronică astăzi o astfel de opinie, cu atât mai mult cu cât, așa cum am văzut, în agricultură este permisă opțiunea organizării agricole fie sub formă de societate civilă, fie sub formă de societate comercială, în temeiul Legii nr. 31/1990, republicată. Acceptând această derogare, am ajuns la formularea unui nou principiu: **nu obiectul, ci forma comercială atrage caracterul comercial al societății.**

- ➔ altă deosebire între societatea civilă și cea comercială constă în aceea că, încă de la constituire, societatea comercială este investită cu **personalitate juridică**. Conform articolului 1 din Legea nr. 31/1990, republicată, “societățile comerciale cu sediul în România sunt persoane juridice române”. Deci, societatea comercială nu este numai un contract, ci este chiar un subiect de drept distinct de asociații ce o compun, având patrimoniu propriu, care îi permite să-și asume obligații și să răspundă pentru îndeplinirea lor (totuși există și societăți comerciale fără personalitate juridică, de exemplu societatea în participațiune, reglementată de articolele 251-256 Cod comercial, asociațiile cu scop lucrativ fără personalitate juridică și asociațiile familiale, reglementate de Decretul-lege nr. 54/1990). Cât privește societatea civilă, aceasta nu are personalitate juridică, ea rămâne un simplu contract, fără a fi subiect de drept de-sine-stătător.
- ➔ Între societatea comercială și cea civilă există deosebiri privind **condițiile în care aceasta se constituie, funcționează și se dizolvă**. În ceea ce privește formele în care se poate constitui o societate comercială, articolul 2 din Legea nr. 31/1990, republicată, prevede că este admisă una dintre următoarele forme:



Această clasificare pornește de la întinderea răspunderii asociaților pentru îndeplinirea obligațiilor societății, care este mai variată (limitată sau nelimitată) decât în cazul societății civile (în care limitele răspunderii sunt stabilite prin contract). În cazul societății comerciale, structura acesteia este bine definită, neputând depăși cadrul reglementat de lege pentru fiecare formă juridică (spre deosebire de societatea civilă, a cărei structuri nu poate depăși cadrul contractual).

În concluzie, pe baza elementelor enunțate:

societatea comercială poate fi definită ca o grupare de persoane constituită pe baza unui act constitutiv și beneficiind de personalitate juridică, în care societarii se înțeleg să pună în comun anumite bunuri, pentru exercitarea unor fapte de comerț, în scopul realizării și împărțirii beneficiilor rezultate.

SECȚIUNEA 1

CLASIFICAREA SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

În doctrina de specialitate se cunosc mai multe clasificări, avându-se în vedere criterii diferite ca: numărul de asociați, calitatea sau întinderea răspunderii, structura capitalului social, titularul capitalului social și posibilitatea de a emite titluri de valoare.

Fiecare dintre aceste clasificări prezintă importanță, putând constitui obiect de studiu separat. Totuși ne vom opri la cel care distinge între **societățile de persoane** și **cele de capitaluri**, pe de o parte pentru că este cea mai utilizată și, pe de altă parte, pentru că permite identificarea celor cinci forme de societăți enumerate de Legea nr. 31/1990, republicată. Pentru o imagine mai sistematică a

celor două tipuri de societăți vom prezenta societățile de persoane cu enumerarea lor și desprinderea asemănărilor și deosebiriilor, după care ne vom opri asupra societăților de capitaluri.

2.1. Societăți de persoane

Prototipul societăților de persoane îl constituie **societatea în nume colectiv**; o categorie aparte o reprezintă specia **societății în comandită simplă** pe care o vom prezenta sub titlul “Deosebiri”.

a) Asemănări

- ⇒ Societățile de persoane se caracterizează prin **număr redus de membri**; limitarea se explică deoarece la baza asocierii stă cunoașterea reciprocă, onestitatea, priceperea profesională, spiritul de inițiativă, conștiinciozitatea, puterea de muncă, solvabilitatea, devotamentul fiecăruia. Cu alte cuvinte, elementul personal, “*intuitu personae*”, este predominant. Dacă aceste calități sunt avute în vedere, vom înțelege de ce primele entități asociative s-au constituit între membrii aceleiași familii (de exemplu între frați, între tată și fiu, între bunic și nepoți, între care încrederea reciprocă este liantul principal). Din acest punct de vedere putem afirma că societatea în nume colectiv este cea mai veche formă de asociere sub formă de societate comercială.
- ⇒ **Răspunderea asociaților este nemărginită** (nelimitată) în sensul că, indiferent de contribuția fiecărui asociat la constituirea societății comerciale (aport) fiecare răspunde pentru datoriile societății comerciale cu întreaga avere personală, nu în limita aportului; această răspundere este **solidară**, în sensul că, în caz de neplată a datoriilor sociale, oricare dintre asociați poate fi ținut să plătească întreaga datorie (nu doar în limita aportului său), dar, în același timp, această răspundere este **subsidiară**, în sensul că, deoarece societatea comercială are personalitate juridică proprie, ea trebuie întâi urmărită la plata propriilor datorii, numai în cazul în care nu poate plăti (în termenii Legii nr. 31/1990, republicată, această consecință se regăsește în dispoziția articolului 3, alineatul 2) respectiv “creditorii societății se vor îndrepta mai întâi împotriva acesteia pentru obligațiile ei și, numai dacă societatea nu plătește în termen de cel mult 15 zile de la data punerii în întârziere, se vor îndrepta împotriva acestor asociați”. Dreptul asociaților de a cere cu prioritate urmărirea bunurilor din patrimoniul societății și numai după aceea, subsidiar, bunurile din patrimoniul unuia dintre asociați, corespunde beneficiului în discuțiune ce aparține asociaților. Acesta conferă caracterul subsidiar al răspunderii.
- ⇒ **Capitalul social se divide în părți de interes**, care nu sunt negociabile și nu pot fi transmise, în principiu; explicația pornind de la caracterul subiectiv, personal al societăților în nume colectiv; cesiunea părților de interes sau transmiterea lor în caz de deces al unui asociat operează numai dacă în actele constitutive se prevede, în mod expres, continuarea activității cu moștenitorii celui decedat sub forma clauzei de continuitate cu succesorii.
- ⇒ **Nu este permisă emiterea de acțiuni sau obligațiuni**, motiv pentru care asociații nu sunt acționari.
- ⇒ **Nu se pot recruta asociați pe baza subscripției publice**.
- ⇒ Puterile majorității societăților sunt limitate, în sensul că, în afară de stipulație contrară, majoritatea asociațiilor nu poate decide să schimbe sau să modifice tipul de societate, contractul, obiectul activității, pentru că principiul de decizie este al **unanimității**.
- ⇒ În lipsă de stipulație contrară, **toți asociații au dreptul să administreze** societatea în virtutea prezumției (presupunerii) că și-au acordat reciproc mandat în această privință (pot fi administratori fie asociații, fie, în temeiul republicării Legii nr. 31/1990, chiar terțe persoane, adică neasociați).
- ⇒ Calitatea obligatorie de a fi comerciant cerută fiecărui asociat al societății în nume colectiv, potrivit dreptului francez (ce decurge din calitatea de a administra societatea comercială, adică de a săvârși acte de comerț) nu este prevăzută de dreptul român; **asociații pot fi, așadar, comercianți sau necomercianți**, fără ca după dobândirea calității de asociat să devină automat și comercianți.
- ⇒ Asociații nu pot lua parte, ca asociați cu răspundere nelimitată, în alte societăți concurente sau având același obiect de activitate, nici să facă operațiuni în contul lor sau al altora, în același fel de comerț sau unul asemănător; totuși, asociații pot îndeplini astfel de activități dacă au consimțământul expres sau tacit al celorlalți (se consideră tacit consimțământul dat când participarea la astfel de activități a fost cunoscută de ceilalți asociați și aceștia nu au interzis continuarea lor).
- ⇒ Pentru că fiecare asociat răspunde cu averea personală, pe care va trebui să o declare la constituire, prin contractul de societate se poate prevedea că **asociații pot lua din casa societății anumite sume pentru cheltuielile lor particulare**, dar că acel asociat care, fără consimțământul scris al celorlalți, ar întrebuința capitalul, bunurile sau creditul societății în folosul său sau în acela al unei alte

persoane, este obligat să restituie societății beneficiile ce au rezultat și să plătească despăgubiri pentru daunele cauzate.

- ⇒ Se admit **aporturi de bunuri în natură**, dar și în creanțe (pentru detalii a se vedea secțiunea 3.3 – aporturi).
- ⇒ **Controlul** activității economico-financiare se realizează de regulă **de către asociați**; numirea cenzorilor este facultativă.
- ⇒ În societățile de persoane, printre **cauzele care atrag dizolvarea** acestora se numără: retragerea, excluderea, incapacitatea, falimentul sau moartea unui asociat, dacă astfel colectivul se reduce la un singur membru, fără să existe în actul constitutiv o clauză de continuitate cu succesorii sau o altă modalitate de a asigura pluralitatea de membri; de unde deducem că numărul minim de asociați la societățile de persoane este de doi membri (întărită și de caracterul bilateral al actului constitutiv).
- ⇒ La societățile de persoane **nu se cere un minim de capital social** la constituire pentru că, oricum, fiecare garantează cu întreaga avere (nelimitat).
- ⇒ Firma cuprinde numele asociaților, sau cel puțin a unuia din ei, cu mențiunea „și alții”.

b) Deosebiri

Spre deosebire de societatea în nume colectiv, societatea în comandită simplă cuprinde două categorii de asociați:

- ⇒ **comanditații** care, asemenea asociaților societății în nume colectiv, răspund nelimitat, solidar și subsidiar pentru îndeplinirea obligațiilor sociale; toți comanditații, unii dintre ei, sau doar unul, în funcție de prevederile actului constitutiv, sunt și administratorii societății comerciale;
- ⇒ **comanditarii** răspund numai în limita aportului lor la capitalul social, fapt pentru care ei nu pot încheia operațiuni în contul societății decât dacă au împuternicire să administreze societatea, printr-o procură specială; fără această împuternicire nu se pot face decât servicii în administrația internă (nu în raporturile cu terții), acte de supraveghere și să participe la numirea și revocarea administratorilor. Două sunt căile prin care comanditarii devin automat comanditați: atunci când fac acte de administrare externă, fără împuternicire, moment din care răspund nelimitat și solidar față de terți și când numele lor este trecut în firma societății (de regulă firma cuprinzând numele comanditaților, pentru că ei răspund cu întreaga avere); în ambele cazuri, pentru existența societății este mai utilă trecerea acestor asociați din categoria “comanditari” în “comanditați”, decât excluderea lor.

Pentru că existența celor două categorii de asociați este de esența societății în comandită simplă, înseamnă că pentru existența ei valabilă este necesar să existe cel puțin un comanditar și un comanditat (așadar: moartea, incapacitatea, falimentul, retragerea sau excluderea unui asociat, când prin aceasta o categorie de asociați dispare, atrag dizolvarea societății în comandită simplă).

Toate celelalte caracteristici enumerate la societatea în nume colectiv sunt valabile și pentru societatea în comandită simplă.

2.2. Societăți de capitaluri

Prototipul societăților de capitaluri este **societatea pe acțiuni** (ale cărei trăsături le vom analiza la litera a – Asemănări), o categorie aparte reprezentând-o **societatea în comandită pe acțiuni** (a se vedea litera b – Deosebiri).

a) Asemănări

- ⇒ societățile de capitaluri se caracterizează **printr-un număr mai mare** de acționari, calitățile personale ale acționarilor fiind fără relevanță;
- ⇒ **prevalează elementul obiectiv**, esențială fiind contribuția pecuniară a fiecărui acționar la capitalul social (“*intuitu pecuniae*”);
- ⇒ fiind societăți mari, **capitalul minim** cerut pentru constituirea valabilă este de **25.000.000 lei**, iar **numărul minim de acționari este de cinci**;
- ⇒ se constituie prin **subscripție simultană** sau prin subscripție publică (a se vedea prezentul capitol, secțiunea 3.2);
- ⇒ **răspunderea acționarilor** la societatea pe acțiuni **este limitată** la aportul social;
- ⇒ **capitalul social este divizat în acțiuni** (sau obligațiuni) care sunt negociabile și transmisibile (a se vedea secțiunea 3.5); fiind negociabile pot fi vândute pe piețele financiare organizate, când sunt cotate la burse; când nu, pot fi vândute pe piețele neorganizate;

- ⇒ **administrarea societății** se face după principiul **votului majorității**, administratorii pot fi acționari sau terțe persoane (neasociați), constituiți de regulă într-un consiliu de administrație; acționarii neadministratori nu pot gera interesele societății comerciale;
- ⇒ **acționarii** pot fi **comercianți** sau **necomercianți**, nefiind relevante calitățile lor personale, ci contribuția pecuniară;
- ⇒ se admit: **aportul în numerar** (lichidități) și **bunuri** în natură;
- ⇒ **controlul** activității revine comisiei **de cenzori** (minim trei și tot atâția supleanți);
- ⇒ în **firma societății** pe acțiuni nu se folosește numele acționarilor, ci o denumire proprie, fără legătură cu numele acționarilor (pentru firmă a se vedea capitolul 3, secțiunea 3.2);
- ⇒ moartea, incapacitatea sau falimentul acționarilor nu duc la **dizolvarea societății**; în schimb, scăderea capitalului social sub o anumită limită sau a numărului de acționari, pot conduce la dizolvare.

b) Deosebiri

Trăsăturile societății în comandită pe acțiuni corespund celor ale societății în comandită simplă (vezi secțiunea 2.1), dar, fiind o societate de capitaluri, preia caracteristicile societății pe acțiuni, mai înainte prezentate.

2.3. Societăți cu răspundere limitată

Definită ca fiind o formă intermediară între societățile de persoane și cele de capitaluri, societatea cu răspundere limitată poate fi explicată ca societate de persoane cu intruziuni ale elementelor specifice, societăților de capitaluri și, paradoxal, la fel de corect, ca societate de capitaluri care preia unele trăsături ale societăților de persoane. De aceea prezentăm asemănările cu societățile de persoane (a) și apoi cu societățile de capitaluri (b).

a) Asemănări cu societățile de persoane

- ⇒ **numărul relativ mic de asociați**;
- ⇒ diviziunile de capital social, numite **părți sociale**, nu sunt, în principiu, transmisibile (ca excepție pot fi transmise asociaților; de exemplu: clauza de continuitate cu succesorii sau chiar terților, dar cu condiția obținerii acordului a $\frac{3}{4}$ din capitalul social pentru cesiunea părților sociale);
- ⇒ **nu poate emite acțiuni sau obligațiuni**;
- ⇒ **firma** poate conține numele unuia sau mai multor asociați.

b) Asemănări cu societățile de capital

- ⇒ răspunderea limitată a asociaților care atrage obligativitatea îndeplinirii condiției **unui capital minim**, respectiv 2.000.000 lei, divizat în părți sociale în valoare de cel puțin 100.000 lei;
- ⇒ **administrarea societății** poate fi făcută de asociați sau de terți;
- ⇒ **controlul gestiunii** se face de către înșiși asociații (ca la societățile de persoane), dar, când numărul asociaților depășește cifra 15, este obligatorie numirea de cenzori;
- ⇒ nu se admit decât **aporturi în natură și numerar**;
- ⇒ deși între **cauzele de dizolvare** sunt și unele specifice societăților de persoane, scăderea capitalului social sub limita legală (ca la societăți de capitaluri) atrage dizolvarea societății cu răspundere limitată.

c) S.R.L.-ul unipersonal

În cazul S.R.L.-ului unipersonal actul constitutiv, reprezentând voința unei singure persoane, îmbracă forma unui act juridic unilateral, respectiv **statutul**.

Fiind vorba de un singur asociat, acesta își asumă prerogativele pe care Adunarea generală a asociaților le exercită în cazul societăților pluripersonale.

Când aportul asociatului este în bunuri mobile sau imobile și nu în numerar, este necesară **expertiza de specialitate** a acestuia pentru a se asigura o evaluare obiectivă a bunurilor.

Unicul asociat poate fi și administrator, caz în care, dacă a vărsat contribuțiile la asigurările sociale, inclusiv pentru pensia suplimentară, poate beneficia de pensie de la asigurările sociale.

S.R.L.-ul unipersonal poate fi înțeles ca treaptă a evoluției activității comerciale, prin comparație cu activitatea comerciantului-persoană fizică. Deoarece comerciantul (persoană fizică) răspunde nelimitat pentru obligațiile comerciale asumate, iar, pe de altă parte, în cadrul societăților comerciale se realizase deja trecerea de la societăți de persoane (cu răspunderea nelimitată a asociaților) la societățile de capitaluri (cu răspunderea limitată a asociaților), se punea logic întrebarea de ce o singură persoană fizică n-ar putea răspunde doar în limita aportului său la capitalul social. Răspunsul l-a constituit apariția S.R.L.-ului unipersonal, dar în care, prin bunurile constituite ca aport la patrimoniul respectiv, societatea comercială dobândește personalitate juridică proprie. Pentru că acest S.R.L. este unic și irepetabil, înțelegem de ce Legea nr. 31/1990, republicată, menționează expres că o persoană fizică sau o persoană juridică nu poate fi asociat unic decât într-o singură societate cu răspundere limitată și că o societate cu răspundere limitată nu poate avea ca asociat unic o altă societate cu răspundere limitată alcătuită dintr-o singură persoană.

SECȚIUNEA 3

CONSTITUIREA SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

3.1. Etapele de constituire ale societăților comerciale

Pentru reducerea formalismului excesiv ce caracteriza procedura constituirii societăților comerciale conform Legii nr. 31/1990 (ce includea: redactarea și autentificarea actului constitutiv, autorizarea judecătorească incluzând sau nu avizul consultativ al Camerei de Comerț și Industrie, înmatricularea la Registrul Comerțului, publicarea în Monitorul Oficial și înregistrarea la administrația financiară) prin modificarea adusă de Legea nr. 99/1999 privind accelerarea reformei economice procedura constituirii s-a simplificat, comasându-se etapele acestora prin preluarea de către Oficiul Registrului Comerțului a unor atribuții, până atunci aflate în sarcina altor instituții. Prin modificarea adusă de Legea nr. 99/1999, odată cu depunerea cererii de înmatriculare a societății comerciale la Oficiul Registrului Comerțului competent, nu instanța judecătorească, ci judecătorul delegat (afiliat Oficiului Registrului Comerțului) autorizează desfășurarea activității, după care, pe lângă sarcina înmatriculării, tot Oficiul Registrului Comerțului este obligat, dar pe cheltuiala societății comerciale ce solicită înmatricularea, să obțină atât publicarea în Monitorul Oficial cât și înregistrarea fiscală a societății comerciale.

Prin **Ordonanța de urgență nr. 76/2001 republicată**, privind simplificarea unor formalități administrative pentru înregistrarea și autorizarea funcționării comercianților se instituie o **procedură unică de înregistrare și autorizare a funcționării societăților comerciale** (dar și a altor categorii de comercianți).

Simplificarea procedurii rezidă din crearea în cadrul Camerelor de Comerț și Industrie teritoriale a unor **Birouri Unice** pentru obținerea înregistrării și autorizării funcționării comercianților.

“Unicitatea” procedurii rezidă în aceea că în baza unei cereri de înregistrare se va obține de la aceeași instituție, Biroul Unic, certificatul de înregistrare comercială conținând codul unic de înregistrare. Practic, etapele ar putea fi sintetizate astfel:

- ⇒ depunerea cererii-tip de înregistrare la Biroul Unic (care va fi însoțită de o suită de documente ce dovedesc vărsămintele efectuate și dreptul de proprietate asupra bunurilor apportate);
- ⇒ cererea-tip, odată depusă, declanșează obligația Biroului Unic de a:
- a) rezerva firma societății comerciale și efectuarea, în numele societății comerciale, a vărsămintelor reprezentând aportul în numerar;
 - b) redacta actul constitutiv (care nu mai este obligatoriu a fi încheiat în formă autentică, fiind admisă și forma de înscris sub semnătură privată, dar cu dată certă);
 - c) redacta și obține declarația pe proprie răspundere a fondatorilor, a administratorilor și a cenzorilor că îndeplinesc condițiile prevăzute de lege;
 - d) obține de la judecătorul delegat încheierea de autorizare a funcționării societății comerciale;
 - e) obține, pe cale electronică, de la Ministerul Finanțelor Publice codul unic de înregistrare;
 - f) obținerea înregistrării comerciantului în Registrul Comerțului;
 - g) publica în Monitorul Oficial, în formă simplificată, încheierea judecătorului delegat, precum și a actului constitutiv;
 - h) obține toate avizele, autorizațiile și/sau acordurile necesare funcționării, ce se vor alătura certificatului unic de înregistrare, sub forma unei anexe.
- Odată cu obținerea certificatului de înregistrare a societății comerciale, aceasta **dobândește personalitate juridică**.

3.2. Actul constitutiv

În funcție de forma de societate comercială, actul constitutiv poate să fie:

- ⇒ **numai contract** de societate, în cazul societății în nume colectiv și în comandită simplă;
- ⇒ **contract de societate și statut**, în cazul societății pe acțiuni, societății în comandită pe acțiuni și societății cu răspundere limitată pluripersonale (doi sau mai mulți asociați);
- ⇒ **numai statut**, în cazul societății cu răspundere limitată unipersonală.

Forma în care poate fi prezentat actul constitutiv este:

- **autenticat** în fața notarului public, formă cerută în mod obligatoriu când:
- printre bunurile subscrise ca aport în natură la capitalul social se află un teren;
 - forma juridică a societății comerciale implică răspunderea nelimitată a asociaților sau a unora dintre ei (deci este cazul societății în nume colectiv, în comandită simplă și în comandită pe acțiuni);
 - societatea comercială se constituie prin subscripție publică.
- **sub semnătură privată**, dar cu dată certă.

Deci forma autentică este cerută "*ad validitatem*" doar pentru anumite situații, pentru celelalte cazuri fiind necesară doar "*ad probationem*".

Contractul de societate și statutul pot fi încheiate sub forma unui înscris unic, denumit **act constitutiv**. Tot act constitutiv poate fi denumit numai contractul sau numai statutul societății.

Semnatarii actului constitutiv precum și persoanele care au un rol determinant la constituirea societății sunt considerate **fondatori**.

Nu pot fi fondatori incapabilii și persoanele care au fost condamnate pentru gestiune frauduloasă, abuz de încredere fals, uz de fals, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită și pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 31/1990, republicată.

Pentru constituirea valabilă, fondatorii trebuie să depună la Biroul Unic declarația, pe proprie răspundere, că îndeplinesc condițiile legale.

În cazul societății pe acțiuni și în comandită pe acțiuni, în afara constituirii **prin subscripție simultană** (în sensul că acționarii care au inițiat societatea pot constitui, prin contribuțiile lor minimul de capital cerut de lege, respectiv 25.000.000 lei, neapelând astfel la terțe persoane pentru a-l realiza), este posibilă și constituirea **prin subscripție publică** (caz în care societățile astfel constituite sunt considerate societăți deschise, în sensul Legii nr. 52/1994 privind valorile mobiliare și bursele de valori, denumirea provenind de la faptul că, pentru a-și realiza capitalul social se apelează la banii publici, în sensul că alături de fondatori vor contribui și terțe persoane, numite subscriitori, care, completând prospectele de emisiune își manifestă voința de a deveni acționari ai societății comerciale ce a emis prospectele). Prospectul de emisiune conține mențiunile prevăzute de lege pentru actul constitutiv al societății pe acțiuni prin subscripție simultană (pentru ca subscriitorul să cunoască societatea comercială emitentă și să decidă, în cunoștință de cauză, dacă să contribuie sau nu la constituirea ei), cu excepția clauzelor privind administratorii și cenzorii (care vor fi aleși la prima adunare generală la care

vor participa acționarii-fondatori și subscriitorii, motiv pentru care adunarea poartă denumirea de **constitutivă**, punând temelia noii societăți), dar va conține în plus data încheierii subscripției și consemnarea sumei cu care subscriitorul înțelege să contribuie la formarea capitalului social. Prospectul de emisiune, semnat de fondatori, se întocmește în formă autentică și se depune la Biroul Unic al Camerei de Comerț și Industrie teritoriale spre a fi autorizat de către judecătorul delegat, după care va fi publicat în Monitorul Oficial.

Subscrierea de acțiuni se face pe unul sau mai multe exemplare ale prospectului de emisiune al fondatorilor, vizate de judecătorul delegat, constituirea societății putându-se face în mod valabil numai dacă întregul capital a fost subscris și fiecare subscriitor-acceptant a vărsat în numerar jumătate (50%) din valoarea acțiunilor subscrise; diferența urmând a se vărsa în 12 luni de la înregistrarea la Biroul Unic.

Dacă subscrierea se face cu bunuri în natură, acestea trebuie predate integral, încă de la început (nefiind posibilă predarea în tranșe).

3.3. Aporturile asociaților

Noțiunea

Această noțiune are un sens juridic și unul etimologic.

⇒ Sub aspect **juridic**, prin aport se înțelege obligația pe care și-o asumă fiecare asociat de a aduce în societate un anumit bun, o valoare patrimonială. În limita aportului, asociatul devine debitor al societății, iar după vărsarea lui integrală – creditor al acesteia, cu toate consecințele ce decurg din această calitate.

⇒ Sub aspect **etimologic**, noțiunea de aport desemnează chiar bunul adus în societate de către asociat.

Deși sensul juridic este sensul propriu al noțiunii de aport, totuși noțiunea este folosită și în sensul ei etimologic.

Obiectul aportului

Aportul poate avea ca obiect orice bun, cu valoare economică, al asociatului, care prezintă interes pentru activitatea societății.

Potrivit articolului 1492 Cod civil, fiecare asociat trebuie să pună în comun “sau bani, sau alte lucruri, sau industria sa”; deci aportul poate fi:

- ◆ în numerar
- ◆ în natură
- ◆ în industrie

a) Aportul în numerar are ca obiect o sumă de bani pe care asociatul se obligă să o transmită societății.

Întrucât sumele de bani sunt indispensabile începerii activității comerciale, aporturile în numerar sunt obligatorii la constituirea societății comerciale, indiferent de forma ei.

Aportul la capitalul social nu este purtător de dobânzi.

b) Aportul în natură are ca obiect anumite bunuri imobile (clădiri, instalații etc.), bunuri mobile corporale (materiale, mărfuri etc.) sau incorporale (creanțe, fond de comerț etc.).

Aporturile în natură sunt admise la toate formele de societate comercială. Aceste aporturi se realizează prin transferarea drepturilor corespunzătoare și predarea efectivă a bunurilor către societate.

Aportul poate consta în transmiterea către societate **a dreptului de proprietate** asupra bunului **ori doar a dreptului de folosință**. În lipsa unei stipulații contrare, bunurile devin proprietatea societății. Se înțelege că dacă s-a convenit transmiterea dreptului de proprietate, bunul va intra în patrimoniul societății, asociatul nemaiavând vreun drept asupra lui. În consecință, bunul nu va putea fi urmărit de creditorii asociatului, iar la dizolvarea societății, asociatul nu va avea dreptul la restituirea bunului, ci la contravaloarea sa.

În cazul în care aportul are ca obiect un bun imobil sau un bun mobil corporal, raporturile dintre asociat și societate sunt raporturi juridice asemănătoare celor dintre vânzător și cumpărător.

Cu privire la transferul dreptului de proprietate asupra bunului, Legea nr. 31/1190 republicată, prevede că bunul devine proprietatea societății “din momentul înmatriculării ei în Registrul comerțului”.

Dacă bunul pierde înainte de înmatricularea societății, riscul este suportat de către asociat; el va fi obligat să aducă în societate un alt bun, ori un aport în numerar echivalent.

Bunul care face obiectul aportului în natură **trebuie evaluat în bani**, pentru a se putea stabili valoarea părților de interes (părților sociale) sau acțiunilor cuvenite asociatului în schimbul aportului. Această evaluare se face de către asociați sau, când este necesar, de către experți. În contractul de societate trebuie să se prevadă și valoarea bunului și modul de evaluare.

În cazul în care bunul care face obiectul aportului în natură a fost adus **în folosința societății**, în doctrină se consideră că raporturile dintre asociat și societate sunt guvernate de regulile referitoare la uzufruct. Întrucât societatea dobândește numai un drept de folosință, asociatul rămâne proprietarul bunului și în această calitate, la dizolvarea societății, are dreptul la restituirea bunului.

Aportul în natură poate avea ca obiect bunuri mobile corporale, cum sunt **creanțele, brevetele de invenție, mărcile** etc.

Aportul în creanțe se consideră liberat numai după ce societatea a obținut plata sumei de bani care face obiectul creanței (executarea obligației de vărsământ).

Întrucât valorificarea de către societate a creanțelor dobândite poate crea dificultăți, legea **interzice creanțele** ca aport în societatea pe acțiuni care se constituie prin subscripție publică, în societatea în comandită pe acțiuni și în societatea cu răspundere limitată. Pentru cazurile când creanțele sunt admise ca aport, raporturile dintre asociat și societate sunt cărmuite de regulile cesiunii de creanță (din dreptul civil). Prin derogare de la dreptul comun, asociatul răspunde pentru solvabilitatea debitorului.

c) Aportul în industrie constă, în terminologia legii, în munca sau activitatea pe care asociatul promite să o efectueze în societate, având în vedere competența și calificarea sa.

Aportul în prestații este permis numai asociaților din societatea în nume colectiv și asociaților comanditați din societatea în comandită.

Un atare raport **nu este cuprins în capitalul social**, deoarece el nu poate constitui un element al gajului general al creditorilor societății. Totuși, în schimbul aportului în prestații în muncă, asociatul are dreptul să participe la împărțirea beneficiilor și a activului și, totodată are obligația să participe la pierderi. În acest scop, aportul în prestație în muncă trebuie evaluat și precizat în actul constitutiv.

Obligația de a constitui aportul și executarea ei

Pentru constituirea societății, fiecare asociat este ținut să contribuie la formarea patrimoniului societății. De aceea, în actul constitutiv trebuie să se arate aportul fiecărui asociat.

Legea nu cere ca aporturile asociaților să fie egale ca valoare, sau ca ele să aibă același obiect și nici ca aportul unui asociat să aibă un obiect unitar.

Întrucât noțiunea de aport desemnează o obligație, trebuie făcută distincție între nașterea obligației și executarea ei; obligația **se naște** la încheierea contractului de societate, pe când **executarea** ei poate fi îndeplinită la constituirea societății sau ulterior, la termenele stabilite în actul constitutiv.

Asumarea obligației de aport este denumită **subscriere** la capitalul societății. Ea se naște prin semnarea contractului de societate sau, după caz, prin participarea la subscripția publică.

Efectuarea aportului poartă denumirea de **vărsare** a capitalului (vărsământ); asociații sunt obligați să-și îndeplinească obligația de aportare potrivit stipulațiilor din contractul de societate și cu respectarea dispozițiilor legii.

Neefectuarea aportului are semnificația neexecutării de către asociat a obligației asumate, cu consecințele prevăzute de lege.

Potrivit Legii nr. 31/1990, republicată, “asociatul care întârzie să depună aportul social este răspunzător de daunele pricinuite”. Deci indiferent de obiectul aportului, dacă asociatul nu a respectat termenele de efectuare a aportului și, prin aceasta, a cauzat societății anumite prejudicii, el este obligat la plata de despăgubiri, în condițiile dreptului comun.

☒ **Pentru cazul când aportul a fost stipulat în numerar**, legea prevede că asociatul “este obligat și la plata dobânzilor legale din ziua în care trebuia să se facă vărsământul”.

Aceste consecințe consacrate de Legea nr. 31/1990, republicată, sunt diferite de cele prevăzute de dreptul comun pentru nerespectarea obligațiilor bănești.

⇒ **Mai întâi**, observăm că pentru nevărsarea la termen a sumei de bani datorată ca aport, asociatul datorează **dobânzile legale**, ca și în dreptul comun, fără dovada cauzării unui prejudiciu. Dar, în plus, dacă se face dovada că prin nerespectarea obligației au fost cauzate prejudicii, asociatul datorează **și despăgubiri**. Deci, dobânzile se cumulează cu despăgubirile și nu se impută asupra lor. Dobânzile joacă rolul unor amenzi civile, iar nu rolul tradițional, de despăgubiri pentru daunele moratorii.

⇒ **În al doilea rând**, observăm că în privința datei de la care curg dobânzile legale, legea derogă de la dreptul comun. Într-adevăr, aceste dobânzi **sunt datorate din ziua în care trebuia să se facă vărsământul**, adică de la data de la care trebuia executată obligația, iar nu de la data chemării în judecată, așa cum prevede Codul civil. Soluția constituie o aplicare a principiului potrivit căruia, în materie comercială **dobânzile curg de drept, din ziua când devin exigibile**.

☒ **Pentru cazul când obiectul aportului este o creanță**, legea prevede că dacă societatea n-a putut încasa creanța prin urmărirea debitorului cedat, asociatul, pe lângă despăgubiri, răspunde de suma datorată cu dobânda legală, din ziua scadenței creanței.

Deci, în acest caz, întrucât obligația privind efectuarea aportului nu s-a executat la termen, **asociatul datorează suma și dobânzile legale** de la data scadenței creanței, precum **și despăgubiri** pentru prejudiciul cauzat societății.

În sfârșit, în cazurile prevăzute de lege, nerespectarea obligațiilor privind vărsarea aportului, poate avea și consecința gravă a excluderii asociatului din societate.

3.4. Capitalul social. Precizări terminologice: patrimoniul și beneficiile

Aporturile asociaților trebuie privite nu numai în individualitatea lor, ci și în totalitatea acestora. Într-adevăr, aceste aporturi reunite formează capitalul social al societății și totodată, ele constituie elemente ale patrimoniului societății.

Capitalul social și patrimoniul societății sunt două concepte strâns legate între ele, dar nu trebuie confundate.

Capitalul social

Capitalul social are o dublă semnificație: contabilă și juridică.

Capitalul social al unei societăți comerciale este expresia valorică a totalității aporturilor asociaților care participă la constituirea societății. Capitalul social mai este denumit și capital nominal.

⇒ **semnificația contabilă**: capitalul social nu are o existență reală, concretă, ci reprezintă o cifră convenită de asociați.

În bilanțul societății, capitalul social apare evidențiat **la pasiv** deoarece el reprezintă aporturile asociaților, care, la dizolvarea societății trebuie restituite. În schimb, bunurile efective care constituie aporturile asociaților figurează în **activul** bilanțului întrucât ele aparțin societății.

⇒ **semnificația juridică**: capitalul social constituie gajul general al creditorilor societății.

Datorită rolului său de gaj general al creditorilor societății, capitalul social este fix pe toată durata societății. El poate fi modificat în sensul măririi sau micșorării sale, numai în condițiile prevăzute de lege, prin modificarea actului constitutiv.

În scopul asigurării intereselor creditorilor societății, pentru anumite forme de societate, legea stabilește un plafon minim al capitalului social:

- ◆ 25.000.000 în cazul societății pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni;
- ◆ 2.000.000 în cazul societății cu răspundere limitată.

Întrucât capitalul social este fix pe întreaga durată a societății, în cazul în care el se diminuează într-o anumită limită, datorită folosirii sale în desfășurarea activității, legea prevede obligația reîntregirii sau reducerii capitalului social, mai înainte de a se putea face vreo repartizare sau distribuire de beneficii.

Capitalul social prezintă interes și sub alte aspecte. În raport de capitalul social se determină beneficiile și se calculează rezervele acesteia.

Ca o consecință a destinației sale, **capitalul social este intangibil**; el nu poate fi folosit pentru distribuirea dividendelor către asociați.

Având rol de gaj general al creditorilor, **capitalul social trebuie să fie real**. Aceasta impune intrarea efectivă în patrimoniul societății a bunurilor care constituie aporturile asociaților (nu aporturi fictive), precum și păstrarea în permanență în patrimoniul societății a unor bunuri a căror valoare să nu fie mai mică decât capitalul social.

În privința capitalului social, legea distinge între capitalul subscris și capitalul vărsat.

Capitalul subscris reprezintă valoarea totală a aporturilor pentru care asociații s-au obligat să contribuie la constituirea societății; coincide cu capitalul social.

Capitalul vărsat este valoarea totală a aporturilor efectuate și care au intrat în patrimoniul societății.

În anumite cazuri, legea stabilește condiții privind vărsarea capitalului (de exemplu: în cazul societății pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni, la constituirea societății, capitalul vărsat de fiecare acționar nu va putea fi mai mic **de 30%** decât cel subscris, dacă prin lege nu se prevede altfel; restul de capital social va trebui vărsat în termen de 12 luni de la înmatricularea societății.

Capitalul social al societății este divizat în anumite fracțiuni, denumite diferit după forma juridică a societății:

- ♦ **părți de interes**, în cazul societății în nume colectiv și societății în comandită simplă;
- ♦ **părți sociale**, în cazul societății cu răspundere limitată;
- ♦ **acțiuni**, în cazul societății pe acțiuni sau societății în comandită pe acțiuni.

Asociații dobândesc în schimbul aportului un număr de părți de interes, părți sociale sau acțiuni, corespunzător valorii aportului fiecăruia (articolele 7 și 8 din Legea nr. 31/1990, republicată).

Patrimoniul societății

Noțiunea de patrimoniu al societății, sau de patrimoniu social este distinctă de cea de capital social.

Patrimoniul societății, potrivit principiilor dreptului civil, îl constituie totalitatea drepturilor și obligațiilor cu valoare economică aparținând societății.

Patrimoniul societății cuprinde **activul social** și **pasivul social**, care se evidențiază în bilanțul societății, cu respectarea dispozițiilor legii contabilității.

- ⇒ **Activul social** (denumit și fond social) cuprinde bunurile constituite ca aport în societate și cele dobândite în cursul activității societății.
- ⇒ **Pasivul social** cuprinde obligațiile societății, indiferent de natura lor.

Într-adevăr, în momentul constituirii societății, capitalul social prevăzut în contractul de societate are aceeași valoare cu patrimoniul societății. Ulterior însă, prin desfășurarea activității comerciale, patrimoniul societății se poate mări dacă societatea obține beneficii, sau poate să înregistreze o anumită micșorare a valorii, dacă societatea are pierderi.

Rolul capitalului social este acela de a constitui gajul general al creditorilor societății. În realitate, veritabila garanție a creditorilor societății o reprezintă patrimoniul societății: în cazul nerespectării obligațiilor de către societate, creditorii vor urmări bunurile aflate în patrimoniul societății; limita urmăririi este dată de capitalul social, deoarece, prin publicitatea contractului de societate, terții au luat cunoștință de capitalul social. Concluzia se întemeiază și pe dispozițiile Legii nr. 31/1990 republicată, care precizează că obligațiile sociale sunt garantate cu patrimoniul social.

Beneficiile

Scopul societății este acela de a realiza beneficii din activitatea comercială desfășurată și de a le împărți între asociați.

Cota-parte din beneficii ce se plătește fiecăruia dintre asociați poartă denumirea de **dividend**.

Scopul urmărit constituie criteriul de distincție între societatea comercială și asociație: pe când societatea comercială se constituie pentru realizarea și împărțirea unor beneficii, asociația urmărește un scop ideal, moral, cultural, sportiv etc.

Întrucât activitatea comercială ar putea înregistra pierderi în loc de beneficii, datorită legăturii sociale care îi unește, asociații trebuie să participe și la pierderi. Deci, desfășurând activitate comercială în comun, asociații participă împreună atât la beneficiile cât și la pierderile societății.

În general, prin beneficii se înțelege un câștig evaluabil în bani. Multă vreme s-a considerat în doctrina dreptului comercial că beneficiul constituie un câștig material care sporește patrimoniul asociaților. În consecință nu erau recunoscute drept beneficiu avantajele, chiar evaluabile în bani, care nu contribuiau la creșterea averii asociaților, ci le permiteau numai să facă economii ori să reducă cheltuielile. În această situație se aflau asigurările mutuale.

În perioada modernă această concepție a evoluat, înregistrându-se o tendință de lărgire a noțiunii de beneficiu: s-a considerat că reprezintă beneficiu și serviciile sau bunurile procurate de societate în condiții mai avantajoase decât acelea care s-ar putea obține individual. Tot astfel, s-au recunoscut ca societăți comerciale societățile de asigurare mutuală în care beneficiul rezidă în evitarea unor cheltuieli.

Urmând această tendință, printr-o lege din 1978, în dreptul francez s-a consacrat concepția potrivit căreia o societate comercială poate avea ca scop nu numai realizarea și împărțirea beneficiilor, ci și realizarea de economii.

Codul comercial român a consacrat această concepție largă privind noțiunea de beneficiu, prin reglementarea asociației de asigurare mutuală (articolele 257-263).

Legea interzice ca un asociat să perceapă toate câștigurile realizate și să fie scutit de participare la pierderi (clauză leonină); fiecare asociat participă la beneficiile și pierderile societății în proporție cu cota de participare la capitalul social.

3.5. Filiala și sucursala

La constituirea societății comerciale asociații pot avea în vedere, încă din acest moment, perspectivele dezvoltării activității societății; este vorba de posibilitatea extinderii activității societății în alte localități sau tot în aceeași localitate unde își are sediul societatea, dar într-un alt stabiliment. O atare extindere se poate realiza prin înființarea unor sucursale și filiale care să desfășoare aceeași activitate comercială ca și societatea care le constituie.

Pentru asemenea cazuri Legea nr. 31/1990 republicată, prevede condițiile care trebuie îndeplinite pentru înființarea acestor entități juridice.

Înființarea de sucursale sau filiale ale societății poate fi hotărâtă de asociați fie la, fie după constituirea societății în cursul existenței acesteia; în acest ultim caz înființarea sucursalelor și/sau filialelor impune o modificare a actelor constitutive ale societății care se realizează în condițiile Legii nr. 31/1990, republicată.

Filiala, potrivit art. 42 din Legea 31/1990, este o societate comercială cu personalitate juridică, constituită de societatea primară (societatea mamă), care deține majoritatea capitalului său. Din această cauză, deși este subiect de drept distinct, filiala este totuși dependentă și se află sub controlul societății primare.

Ca persoană juridică, filiala participă la raporturile juridice **în nume propriu**; prin actele juridice ale reprezentanților săi, filiala dobândește drepturi și își asumă obligații, cu angajarea unei răspunderi proprii.

Filiala se constituie într-una dintre formele de societate reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, și va avea regimul juridic al formei de societate în care s-a constituit.

Sucursala, potrivit Legii nr. 31/1990, este un dezmembrământ fără personalitate juridică al societății comerciale. Această subunitate este dotată de societate cu anumite fonduri, în scopul de a desfășura o activitate economică din cadrul obiectului de activitate al societății-mamă. Sucursala dispune de o anumită autonomie, în limitele stabilite de societate.

Întrucât **nu are personalitate juridică**, sucursala nu poate participa în nume propriu la circuitul juridic; actele juridice pe care le reclamă desfășurarea activității sucursalei se încheie de către reprezentanții (prepuși) desemnați de societatea comercială.

Regimul juridic al sucursalei se aplică oricărui alt sediu secundar, indiferent de denumirea lui (agenție, reprezentanță etc.), căruia societatea care îl înființează îi atribuie statut de sucursală.

Sucursala **se înregistrează** înainte de începerea activității ei la Biroul Unic din județul în care va funcționa. Dacă sucursala se înființează într-o localitate din același județ sau din aceeași localitate cu societatea fondatoare, ea va fi înregistrată la același Birou Unic, însă distinct, ca înregistrare independentă.

Dacă în actul constitutiv nu se prevede felul acțiunilor, vor fi considerate la purtător. Legea nr. 31/1990 republicată admite conversia (transformarea) acțiunilor nominative în acțiuni la purtător și invers.

b) după cum conferă sau nu titularului avantaje față de ceilalți acționari, acțiunile pot fi:

- ⇒ ordinare
- ⇒ preferențiale (privilegiate)

➡ **Acțiunile ordinare** nu conferă titularului avantaje față de ceilalți acționari.

În principiu, ele conferă titularului următoarele **drepturi**:

- ◆ **de a participa** la adunarea generală a acționarilor (personal sau prin reprezentare), **de a alege sau de a fi ales** în organele de conducere ale societății comerciale;

- ◆ **de a vota**, drept exercitat conform principiului proporționalității numărului de voturi cu numărul de acțiuni deținute;

- ◆ **de a primi dividende**, ce reprezintă cota-parte din beneficiul ce se va plăti fiecărui acționar;

- ◆ **de a fi informat** asupra gestiunii societății comerciale, cel mult de două ori pe an putând consulta documentele societății comerciale și efectua copii legalizate după acestea (de exemplu copie după procesul-verbal de ședință al consiliului de administrație);

- ◆ **de control**, manifestat prin aceea că acționarii, consultând documentele societății pot sesiza, în scris, consiliul de administrație, iar în cazul în care nu va primi răspuns în termen de 15 zile de la înregistrarea cererii, acționarul se poate adresa instanței competente, obligând societatea comercială la despăgubiri pentru fiecare zi de întârziere;

- ◆ **de expertiză**, care poate fi exercitat doar de acționarii care reprezintă cel puțin 10% din capitalul social; conferă acestora posibilitatea de a se adresa instanței în sensul desemnării unuia sau mai multor experți însărcinați să analizeze anumite operațiuni din gestiunea societății, întocmind un raport înaintat cenzorilor societății comerciale;

- ◆ **de a obține în cazul lichidării** societății comerciale a **unei părți din patrimoniul societății**, corespunzătoare contribuției acționarului la constituirea societății comerciale (aportului și eventual a altor contribuții care se vor stabili prin bilanțul final de lichidare).

Obligațiile principale ale acționarului sunt:

- ☒ **de a vărsa integral aportul subscris**; până în momentul în care acțiunea nu este achitată integral, ea este nominativă; toți cei care au deținut acțiunea sunt răspunzători de plata ei. Și o acțiune la purtător neachitată se consideră nominativă până la scadență, societatea comercială având dreptul să urmărească pentru vărsământ pe toți aceia care au avut acțiunea în patrimoniul lor (de exemplu, atunci când mai multe persoane dețin acțiuni în indiviziune, ca urmare a unei succesiuni);

- ☒ **de a suporta pierderile societății** comerciale proporțional cu contravaloarea aportului.

➡ **Acțiunile preferențiale** conferă titularului dreptul la un dividend prioritar ce se plătește din beneficiul distribuibil, la sfârșitul exercițiului financiar, înaintea oricărei alte prelevări.

Aceste acțiuni conferă drepturile recunoscute acționarilor cu acțiuni ordinare, **cu excepția** dreptului de a participa la vot în adunările generale.

Acest tip de acțiuni nu pot depăși 1/4 din capitalul social, iar valoarea lor nominală trebuie să fie egală cu cea a unei acțiuni ordinare.

Reprezentanții, administratorii și cenzorii societății nu pot fi titulari de acțiuni cu dividend prioritar.

Acțiunile preferențiale pot fi convertite în acțiuni ordinare și invers.

A. Obligațiunile emise de societăți comerciale

Dezideratul privind obținerea unui capital suplimentar se poate realiza de societățile pe acțiuni și în comandită pe acțiuni printr-un împrumut pe termen lung în forma specifică a **emisiunii de obligațiuni**.

Obligațiunile sunt titluri de credit emise de societate în schimbul sumelor de bani împrumutate; ele încorporează îndatorirea societății de a rambursa aceste sume și de a plăti dobânzile aferente.

Obligațiunile, ca și acțiunile, pot fi **nominative** sau **la purtător**.

Condițiile emiterii obligațiunilor prezintă unele particularități:

- ⇒ emiterea se hotărăște numai de Adunarea generală extraordinară a acționarilor și numai când întregul capital social a fost vărsat (pentru că nu este posibil să se apeleze la banii terților cât timp proprii acționari nu și-au îndeplinit obligația de vărsare a aportului);
- ⇒ suma pentru care se emit obligațiuni nu poate fi mai mare de $\frac{3}{4}$ din capitalul vărsat existent, conform ultimului bilanț aprobat (pentru că, așa cum orice împrumut trebuie garantat, și societatea ce apelează la împrumuturi prin emiterea de obligațiuni trebuie să garanteze că există un “provizion”, în cazul nostru capitalul social vărsat);
- ⇒ valoarea nominală a obligațiunii nu poate fi mai mică de 25.000 lei;
- ⇒ obligațiunile din aceeași emisiune trebuie să aibă valoare egală și trebuie să fie integral vărsate (nici 30%, nici 50% ca la subscripția de acțiuni);
- ⇒ obligațiunile dau dreptul la dobânda înscrisă în obligațiune.

Rambursarea obligațiunilor se poate face:

- ◆ printr-o restituire totală la scadență (sistem de origine americană), caz în care plata se face la datele înscrise în tabloul de plăți cuprins în obligațiune;
- ◆ anticipat, prin tragere la sorți, când rambursarea se face la o sumă superioară valorii nominale a obligațiunii și înainte de scadență; diferența reprezintă prima sau premiul și are menirea de a compensa dobânzile pe perioada rămasă până la scadență.

Deținătorii de obligațiuni se pot întruni în adunări speciale care:

- ⇒ se convoacă de deținătorii reprezentând $\frac{1}{4}$ din valoarea obligațiunilor dintr-o emisiune;
- ⇒ poate desemna un reprezentant care să-i reprezinte pe obligatari în Adunarea generală a acționarilor și în justiție; împuternicitul nu are drept de vot în Adunarea generală a acționarilor, dar poate cere consemnarea opiniei sale în registrul de ședințe al Adunării generale a acționarilor și dacă hotărârea acesteia, contrară intereselor obligatarilor, încalcă opinia obligatarului-representant, este posibilă adresarea în fața instanței, pentru protejarea intereselor obligatarilor;
- ⇒ obligatarii pot constitui un fond necesar remunerării reprezentantului și acoperirii cheltuielilor de apărare a drepturilor lor (eventual o cotă-parte din dobânzile datorate obligatarilor de societatea comercială).

B. Certificatele de părți sociale

Sunt emise de societățile cu răspundere limitată, Legea nr. 31/1990 republicată precizând că aceste părți sociale **nu pot fi reprezentate prin titluri negociabile**.

Administratorii societății cu răspundere limitată pot elibera, la cerere, un **certificat constatator al drepturilor asupra părților sociale**, dar cu mențiunea că acest certificat nu poate servi ca titlu pentru transmiterea drepturilor constatate, sub sancțiunea nulității transmiterii. Deci certificatele de părți sociale nu pot fi transmise prin gir, dar nici prin remitere materială (ca la acțiunile la purtător) sau înregistrarea transmiterii (ca la acțiunile nominative).

Prin specificul lor, certificatele de părți sociale se analizează ca **titluri de legitimare** (lipsindu-le caracterul constitutiv și literal al titlurilor de credit).

Transmiterea lor este totuși posibilă:

- ◆ către asociați, prin decizia adunării generale;
- ◆ în cazul clauzei de continuitate cu succesorii (ca la societățile de persoane);
- ◆ către terți, când cesiunea părților este hotărâtă prin votul asociaților, reprezentând $\frac{3}{4}$ din capitalul social (este o dovadă că societatea cu răspundere limitată este o formă mixtă, necerându-se nici unanimitatea ca la societățile de persoane, dar nefiind suficientă nici majoritatea simplă, respectiv 50% plus 1).

Conform Legii nr. 31/1990 republicată, valoarea minimă a unei părți sociale este de 100.000 lei.

C. Părți de interes

În cazul societăților de persoane, diviziunile de capital nu se numesc nici acțiuni, nici părți sociale, ci părți de interes (reflectând caracterul personal al acestor societăți). Nici Legea nr. 31/1990 și nici doctrina nu tratează această materie, dar deducem că regimul lor juridic este asemănător părților sociale.

Ca orice persoană juridică, societatea comercială nu are o existență organică și, deci, nici o voință proprie, naturală. De aceea, voința ei se manifestă prin organele alese, respectiv: **organele de conducere, de execuție și de control** al gestiunii societății comerciale.

Voința societății comerciale este adusă la îndeplinire prin actele juridice ale organului executiv (de gerare a activității, de gestiune) care este administratorul (gerantul) sau administratorii.

Controlul activității administratorului se realizează de către asociați (în virtutea drepturilor de informare, control și expertiză) sau, în anumite cazuri, de un organ specializat, cenzorii societății.

În funcție de forma juridică a societății comerciale distingem:

- ⇒ la societatea pe acțiuni și societatea în comandită pe acțiuni există toate cele trei categorii de organe **de conducere** (respectiv Adunarea generală a acționarilor), **de execuție** (administratorii organizați sub forma consiliului de administrație și dacă este cazul, a unui comitet de direcție), de control (respectiv cenzorii);
- ⇒ la societățile de persoane, respectiv: societatea în nume colectiv și în comandită simplă, datorită numărului relativ mic de societari, nu este instituționalizată o adunare generală propriu-zisă; de asemenea, controlul gestiunii societății se realizează de către asociați, nefiind necesari, de regulă cenzorii.
- ⇒ la societatea cu răspundere limitată există cele trei organe enumerate la societatea pe acțiuni, dar prezintă unele particularități.

4.1. Adunarea generală

Ca organ de deliberare, adunarea generală este chemată să decidă, atât asupra unor probleme obișnuite pentru viața societății, cât și asupra unor probleme deosebite, care vizează elemente fundamentale ale societății comerciale.

Pornind de la acest criteriu distingem între **adunări ordinare** și **extraordinare**, iar în urma modificărilor aduse Legii nr. 31/1990 republicată, și **adunările speciale**. Legea reglementează adunarea ordinară și extraordinară în cazul societății pe acțiuni (cu varietatea adunării constitutive în cazul constituirii prin subscripție publică), cu precizarea atribuțiilor fiecăreia și a condițiilor de cvorum și majoritate cerute pentru adoptarea hotărârilor; pentru societatea cu răspundere limitată, deși legea nu distinge între adunările ordinare și extraordinare, stabilește condiții speciale de cvorum și majoritate.

Clasificarea adunărilor generale-competență

a) Adunarea ordinară

Această adunarea se întrunește cel puțin o dată pe an, în cel mult 3 luni de la încheierea exercițiului financiar. Ea se ține la sediul societății și în localul indicat în convocare.

Adunarea ordinară poate să discute și să decidă asupra oricărei probleme înscrise în ordinea de zi.

Potrivit legii, ea are următoarele **competențe**:

- ◆ să discute, să aprobe sau să modifice bilanțul contabil, după ascultarea raportului administratorilor și cenzorilor;
- ◆ să fixeze dividendul convenit asociaților (acționarilor);
- ◆ să aleagă pe administratori și cenzori;
- ◆ să se pronunțe asupra gestiunii administratorilor;
- ◆ să stabilească bugetul de venituri și cheltuieli și, după caz, programul de activitate, pe exercițiul financiar următor;
- ◆ să exercite opțiunea în favoarea unui anumit regim de amortizare (între cele trei posibile: liniară, degresivă, accelerată) etc.

- ☒ **În societatea pe acțiuni și societatea în comandită pe acțiuni**, pentru validitatea deliberărilor adunării generale ordinare, la prima convocare este necesară prezența acționarilor care să reprezinte cel puțin jumătate din capitalul social, iar hotărârile se iau de către acționarii care dețin majoritatea absolută (adică jumătate plus unu) din capitalul social reprezentat în adunare (dacă actul constitutiv nu prevede altfel); dacă nu se realizează prezența cerută sau majoritatea necesară luării hotărârii, adunarea se va întruni, la o a doua convocare, putând să delibereze oricare ar fi partea de capital reprezentată de acționarii prezenți, iar hotărârile se iau cu majoritatea celor prezenți.
- ☒ **La societatea cu răspundere limitată** adunarea decide prin votul reprezentând majoritatea absolută a asociaților și a părților sociale (se cere deci, cumulativ, procentul de 50% plus unu din numărul asociaților, cât și condiția ca ei să reprezinte jumătate plus unu din totalul părților sociale).
- ☒ **În cazul societății în nume colectiv și în comandită simplă**, hotărârile se iau prin votul asociaților ce reprezintă majoritatea absolută a capitalului social (de exemplu: pentru alegerea și revocarea administratorilor, pentru aprobarea bilanțului), dar pentru modificarea actului constitutiv se cere votul unanimității (de exemplu: pentru majorarea capitalului social).

b) Adunarea constitutivă

În cazul constituirii societății prin **subscripție publică** (posibilă doar la societatea pe acțiuni și societatea în comandită pe acțiuni) prima adunare la care participă subscriitorii de acțiuni poartă denumirea de adunare constitutivă (fiind menită a pune bazele desfășurării activității în noile condiții date de participarea noilor acționari).

În termen de cel mult 15 zile de la data închiderii subscrierii, fondatorii trebuie să convoace adunarea constitutivă, printr-o înștiințare publicată în Monitorul Oficial.

Pentru a fi legal constituită, se cere prezența a jumătate plus unu din numărul subscriitorilor acceptanți, iar hotărârile se iau cu votul majorității simple a celor prezenți.

La această adunare:

- ◆ nu au drept de vot acceptanții care au constituit aporturi în natură (pentru deliberările privind aporturile lor);
- ◆ fiecare acceptant are dreptul doar la un vot (principiul proporționalității nu este aplicat deoarece unul din scopurile adunării este tocmai acela de a aproba subscrierile și în funcție de acestea se va decide numărul de acțiuni ce revine fiecărui acceptant);
- ◆ reprezentarea acționarilor este permisă, dar un acceptant nu poate să reprezinte mai mult de 5 subscriitori;
- ◆ se va citi raportul experților pentru evaluarea aporturilor în natură și va avea loc avizarea avantajelor fondatorilor și a operațiunilor ce urmează a fi preluate de societate;
- ◆ se va exercita dreptul acceptanților de a se retrage dacă valoarea aporturilor în natură stabilită de experți este mai mică cu 1/5 din cea stabilită de fondatori în prospectul de emisiune.

În **atribuțiile adunării constitutive** intră:

- verificarea existenței vărsămintelor;
- examinarea și validarea rapoartelor experților;
- discutarea și aprobarea actului constitutiv al societății;
- numirea administratorilor și cenzorilor.

c) Adunarea extraordinară

Această adunare se întrunește ori de câte ori este nevoie pentru a se lua o hotărâre în probleme ce au caracter deosebit, cum ar fi: prelungirea duratei societății, mărirea sau reducerea capitalului social; schimbarea obiectului ori formei societății; mutarea sediului; fuziunea cu alte societăți; dizolvarea etc. adică, aspecte ce privesc modificarea actului constitutiv.

Vizând probleme grave pentru viața societății comerciale, condițiile de cvorum și majoritate sunt mai riguroase, astfel:

- ⇒ **pentru societatea pe acțiuni și societatea în comandită pe acțiuni**, pentru validitatea deliberărilor adunării, este necesară prezența acționarilor reprezentând $\frac{3}{4}$ din capitalul social (dacă actul constitutiv nu prevede altfel), iar hotărârile se iau cu votul unui număr de acționari care să reprezinte cel puțin jumătate din capitalul social; la convocarea a doua, prezența necesară este cea reprezentând jumătate din capitalul social, iar hotărârile se iau cu votul unui număr de acționari reprezentând $\frac{1}{3}$ din capitalul social. Potrivit noilor dispoziții legale, Adunarea generală extraordinară a acționarilor poate delega consiliul de administrație sau, după caz, administratorului unic, exercițiul atribuțiilor sale privind: mutarea sediului, schimbarea obiectului de activitate, majorarea capitalului social, reducerea sau reîntregirea lui prin emisiune de noi acțiuni și conversia acțiunilor dintr-o categorie în alta;
- ⇒ **la societatea cu răspundere limitată** este necesar votul tuturor asociaților (dacă actul constitutiv nu prevede altfel);
- ⇒ **la societățile de persoane**, în tăcerea legii, se impune tot principiul unanimității (cu atât mai mult cu cât societatea cu răspundere limitată, ca formă mixtă, între societăți de persoane și cele de capital, are nevoie de votul tuturor asociaților).

d) Adunările speciale

Valabile doar în cazul societăților de capitaluri (societatea pe acțiuni și societatea în comandită pe acțiuni) sunt adunări ce cuprind gruparea acționarilor ce dețin categorii aparte de acțiuni. Astfel, Legea nr. 31/1990 republicată, distinge între adunarea specială **a deținătorilor de acțiuni preferențiale cu dividend prioritar și fără drept de vot**, dar și adunările speciale constituite din acei **acționari ce se adună în scopul de a-și proteja interesele** privind modificarea drepturilor și obligațiilor ce le revin în legătură cu acțiunile ce le dețin.

4.2. Administrarea societății

Voința oricărei societăți comerciale este exprimată de adunarea generală, dar este adusă la îndeplinire prin organele de execuție, care realizează administrarea (gerarea) societății.

Conform Legii nr. 31/1990 republicată o societate comercială, indiferent de forma ei juridică poate fi administrată de unul sau mai mulți administratori. Pluralitatea de administratori nu este instituționalizată în cazul societăților de persoane și a societății cu răspundere limitată, iar în cazul societăților de capitaluri este organizată sub forma unor organe colegiale: consiliu de administrație și comitet de direcție.

Astfel:

- ⇒ **în societatea în nume colectiv**, gestiunea este asigurată de unul sau mai mulți administratori, de regulă ei înșiși asociați; fiecare administrator având dreptul să reprezinte societatea (dacă actul constitutiv nu prevede altfel);
- ⇒ **în societatea în comandită simplă**, administrarea se încredințează unuia sau mai multor asociați comanditați (dacă un comanditar ar face acte de administrare fără împuternicire, va deveni automat asociat comanditat, răspunzând solidar și nelimitat pentru obligațiile sociale);
- ⇒ **în societatea pe acțiuni** administrarea poate fi făcută de un administrator sau de mai mulți; când sunt mai mulți se constituie un consiliu de administrație care poate delega o parte din puterile sale unui comitet de direcție, compus din membrii aleși dintre administratori; președintele consiliului de administrație este și director general sau director al societății, conducând și comitetul de direcție; consiliul de administrație poate angaja, pentru executarea operațiilor societății, directori executivi, care sunt funcționari ai societății, nefăcând parte nici din consiliul de administrație, nici din comitetul de direcție;
- ⇒ **în societatea în comandită pe acțiuni**, administrarea societății este încredințată unuia sau mai multor comanditați;
- ⇒ **în societatea cu răspundere limitată** administrarea este realizată de unul sau mai mulți administratori (asociați sau terți).

► Condiții pentru desemnarea administratorilor, obligațiile administratorilor, răspundere

Condiții pentru desemnarea administratorilor:

- ♦ în ceea ce privește cetățenia, condiții exprese sunt formulate pentru societatea pe acțiuni și anume: unicul administrator sau președintele consiliului de administrație și cel puțin jumătate din numărul administratorilor trebuie să fie cetățeni români (dacă prin actul constitutiv nu se prevede altfel);
- ♦ administratorii sunt numiți temporar și sunt reeligibili;
- ♦ primii administratori pot fi numiți pe 4 ani, iar dacă nu s-a prevăzut durata mandatului, se va presupune că este de 2 ani;
- ♦ persoanele care nu pot fi fondatori nu pot fi nici administratori, directori sau reprezentanți ai societății;
- ♦ poate fi administrator o persoană fizică sau o persoană juridică, dar în acest ultim caz, persoana juridică va desemna un reprezentant – persoană fizică;
- ♦ administratorii trebuie să depună o garanție, respectiv dublul remunerației lunare (dacă nu e asociat la societatea administrată) sau valoarea nominală a 10 acțiuni (dacă este asociat), precum și specimenul de semnătură la Biroul unic de înregistrare.

Principalele obligații ale administratorului sunt:

- ♦ de a îndeplini formalitățile necesare constituirii societății;
- ♦ de a depune specimenul de semnătură când a fost desemnat reprezentant al societății;
- ♦ de a prelua și păstra documentele privind constituirea societății (când le-a preluat de la alt administrator);
- ♦ de a administra societatea, adică de a face toate operațiile necesare îndeplinirii obiectului ei de activitate;
- ♦ de a urmări efectuarea de către asociați a vărsămintelor datorate;
- ♦ de a ține corect registrele cerute de lege;
- ♦ de a întocmi bilanțul societății și contul de beneficii și pierderi, precum și de a asigura respectarea legii la repartizarea beneficiilor și plata dividendelor;
- ♦ de a lua parte la adunările societății, la consiliile de administrație și organele similare acestora;
- ♦ de a duce la îndeplinire hotărârile adunării generale a acționarilor;
- ♦ de a îndeplini îndatoririle prevăzute de actul constitutiv, precum și îndatoririle stabilite de lege.

Când sunt mai mulți administratori, în cazul societății pe acțiuni și al mai multor administratori – comanditați la societatea în comandită pe acțiuni, se formează un **consiliu de administrație**, care se întrunește cel puțin o dată pe lună și hotărăște dacă sunt prezenți cel puțin jumătate din membri, deciziile luându-se cu majoritate absolută. Nimeni nu poate funcționa în mai mult de 3 consilii de administrație (cu excepțiile prevăzute de lege), iar administratorii ce au interese personale nu pot participa la deliberări în ceea ce privește acele probleme.

Când consiliul de administrație delegă un **comitet de direcție**, acesta se întrunește cel puțin o dată pe săptămână, deciziile luându-se cu votul majorității absolute din numărul membrilor lui, nefiind admis votul prin delegați. Membrii comitetului de direcție și directorii unei societăți nu pot fi, fără autorizarea consiliului de administrație, administratori, membri în comitetul de direcție, cenzori sau asociați cu răspundere nelimitată în societăți comerciale concurente.

Când executarea operațiunilor societății este încredințată unuia sau mai multor **directori executivi**, care sunt funcționari ai societății comerciale, răspunderea acestora este aceeași cu cea a administratorilor. (De exemplu: director tehnic sau director economic).

Răspunderea administratorilor este guvernată de regulile contractului de mandat din dreptul civil, iar în cazul pluralității de administratori, răspunderea este solidară. Administratorii pot încheia orice acte juridice, cu excepția celor a căror valoare depășește jumătate din valoarea contabilă a activelor societății, pentru care au nevoie de aprobarea adunării generale extraordinare a acționarilor.

4.3. Controlul gestiunii societății comerciale. Cenzorii

Buna funcționare a unei societăți comerciale implică asigurarea unui control desfășurat asupra activității administratorilor.

În societățile de capitaluri și în societățile cu răspundere limitată controlul este încredințat unor cenzori. Astfel, pentru societatea pe acțiuni legea prevede numirea de trei cenzori și tot atâția supleanți (dacă prin actul constitutiv nu se prevede un număr mai mare; în toate cazurile numărul cenzorilor trebuie să fie impar). La societatea cu răspundere limitată este obligatorie numirea cenzorilor când numărul de asociați depășește cifra de 15.

Condițiile pe care trebuie să le îndeplinească cenzorii sunt:

- ♦ să exercite în mod personal mandatul (care este de 3 ani); cel puțin unul dintre cenzori trebuie să fie contabil autorizat sau expert contabil;
- ♦ majoritatea cenzorilor și supleanților trebuie să fie cetățeni români;
- ♦ să depună o garanție reprezentând 1/3 din garanția depusă de administratori;
- ♦ să fie acționari, cu excepția cenzorilor contabili;
- ♦ pot fi numiți și cenzori independenți: persoane fizice sau persoane juridice;
- ♦ sunt incompatibili cu calitatea de cenzor: soția, rudele sau afinii până la gradul IV al administratorilor, persoanele care primesc, sub orice formă, pentru alte funcții decât aceea de cenzor, un salariu sau o remunerație de la administratori sau societate, precum și persoanele cărora le este interzis să devină administratori.

Obligațiile cenzorilor sunt:

- ♦ de a supraveghea gestiunea societății, să verifice dacă bilanțul și contul de profit și pierderi sunt legal întocmite și în concordanță cu registrele;
 - ♦ de a verifica dacă registrele sunt regulat ținute și dacă evaluarea patrimoniului s-a făcut conform regulilor stabilite pentru întocmirea bilanțului;
 - ♦ să întocmească și să prezinte rapoartele sale adunării generale;
 - ♦ să facă controale de casă;
 - ♦ să vegheze ca dispozițiile din actul constitutiv și din lege să fie îndeplinite de administratori.
- Răspunderea cenzorilor este reglementată de regulile mandatului, revocarea lor putând fi decisă de Adunarea generală a acționarilor cu votul cerut pentru adunările extraordinare.

SECȚIUNEA 5

MODIFICAREA SOCIETĂȚII COMERCIALE

Condițiile economice pot determina modificarea societății comerciale; astfel asociații pot considera utilă mărirea sau reducerea capitalului social, schimbarea obiectului societății sau a formei ei juridice, etc.

Deoarece elementele ce urmează a fi modificate au fost stabilite prin actul constitutiv al societății, modificarea societății impune practic modificarea actului constitutiv.

**5.1. Forma, înregistrarea și publicarea
actului modificator al actului constitutiv**

Modificarea actului constitutiv se realizează prin voința asociațiilor, formulată în cadrul adunărilor generale.

Astfel:

- ♦ în cazul societății pe acțiuni și în comandită pe acțiuni decizia poate aparține doar Adunării generale extraordinare a acționarilor;
- ♦ în cazul societăților de persoane și a societăților comerciale cu răspundere limitată, decizia poate fi luată doar cu votul unanimității.

Hotărârea adunării asociațiilor pentru modificarea actului constitutiv trebuie consemnată în scris, iar înscrisul nu trebuie autentificat (deoarece Ordonanța de urgență a guvernului nr. 76/2001 republicată, admite forma sub semnătură privată a actului constitutiv, considerăm că aceasta trebuie acceptată ca valabilă și pentru actul adițional). Acest înscris constituie un **act adițional** al actului constitutiv al societății.

Actul adițional modificat se depune, în vederea înregistrării, la Biroul unic al Camerei de Comerț și Industrie teritoriale (conform Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 76/2001 republicată).

În ceea ce privește **controlul de legalitate** a actului adițional, legea distinge între două situații posibile:

- ♦ prima, valabilă pentru cele mai importante modificări, considerate a fi: mutarea sediului, schimbarea obiectului principal de activitate, modificarea capitalului social, fuziunea și divizarea, reducerea sau prelungirea duratei societății, dizolvarea și lichidarea ei (enumerate limitativ de Legea nr. 31/1990 republicată) controlul de legalitate se finalizează printr-o încheiere a judecătorului delegat;
- ♦ a doua, valabilă pentru celelalte modificări, pentru care se cere doar rezoluția directorului Biroului unic al Camerei de Comerț și Industrie teritoriale.

Fie încheierea judecătorului delegat, fie rezoluția directorului trebuie publicate în Monitorul Oficial, pe cheltuiala societății comerciale.

5.2 Mărirea capitalului social

În ciuda faptului că Legea nr. 31/1990 republicată, dispune că mărirea capitalului se face cu respectarea dispozițiilor referitoare la constituirea societății, cu referire expresă doar la societățile pe acțiuni și la societățile cu răspundere limitată, deducem că aceasta este valabilă și pentru celelalte forme de societăți, respectând specificul acestora.

Modalitățile prin care se poate realiza majorarea capitalului social sunt:

- emiterea de noi acțiuni sau majorarea valorii nominale a acțiunilor existente, dacă sunt aduse noi aporturi în natură și în numerar (de preferință de către acționarii societății și dacă nu e posibil de către terți, prin subscripție publică);
- prin încorporarea rezervelor (potrivit Legii nr. 31/1990 republicată, din beneficiile societății se va prelua cel puțin 5% pentru formarea fondului de rezervă, până când acesta va atinge minimum 1/5 din capitalul social);
- prin încorporarea beneficiilor sau a primelor de emisiune (ca diferență dintre valoarea de emisiune și valoarea nominală a acțiunii, pe care trebuie să o suporte noii acționari);
- diferențele favorabile rezultate în urma reevaluării patrimoniului social;
- compensarea unor creanțe pe care anumiți creditori le au asupra societății, prin acordarea către aceștia a unor acțiuni din capitalul social, în situația în care creanțele sunt lichide și exigibile;
- orice alte modalități admise de lege.

5.3. Reducerea capitalului social

O modificare a capitalului social poate avea ca obiect nu numai mărirea, dar și reducerea lui, cu îndeplinirea unor condiții legale; astfel:

- hotărârea privind reducerea capitalului social trebuie să respecte plafonul minim al capitalului social, când legea stabilește un astfel de plafon (de exemplu: 25 milioane pentru societățile de capital și 2 milioane pentru societățile cu răspundere limitată), pentru societățile pe acțiuni și pentru societățile cu răspundere limitată legea prevede că, dacă se constată pierderea unei jumătăți din capitalul social, administratorii sunt obligați să convoace Adunarea generală extraordinară a acționarilor pentru a decide reconstituirea sau limitarea capitalului social, sau dizolvarea societății;
- reducerea poate fi realizată numai în termen de 2 luni de la data publicării hotărârii de reducere în Monitorul Oficial (în scopul protejării creditorilor sociali, care în termen de 2 luni de la data publicării au posibilitatea exercitării dreptului de opoziție la reducerea capitalului social, prin care s-ar diminua gajul lor general);

Procedeele folosite pentru reducerea capitalului social sunt:

- micșorarea numărului de acțiuni sau de părți sociale;
 - reducerea valorii nominale a acțiunilor sau a părților sociale;
 - dobândirea propriilor acțiuni urmată de anularea lor;
- Dacă reducerea nu este determinată de pierderi, capitalul social mai poate fi redus prin:
- scutirea totală sau parțială a asociaților de vărsămintele datorate;
 - restituirea către asociați a unei cote-parte din aporturi, proporțională cu reducerea capitalului social și calculată în mod egal pentru fiecare acțiune sau parte socială;
 - alte procedee prevăzute de lege.

Între alte modalități admise de lege pentru reducerea capitalului social pot fi incluse excluderea și retragerea din societate.

Excluderea unui asociat este admisă doar la societățile de persoane, societățile cu răspundere limitată și în cazul comanditaților la societatea în comandită pe acțiuni.

Cazurile de excludere sunt:

- asociatul care, pus în întârziere, nu aduce aportul la care s-a angajat;
- asociatul cu răspundere nelimitată se află în stare de faliment, sau a devenit legalmente incapabil;
- asociatul cu răspundere limitată care face acte de administrare fără împuternicire ori contravine dispozițiilor privind loialitatea, onorabilitatea, etc.;
- asociatul administrator care comite fraude în dauna societății și se servește de semnătura socială sau de capitalul social în folosul lui sau al altora.

Excluderea se pronunță prin hotărâre judecătorească, la cererea societății sau a oricărui asociat, hotărâre ce se publică în Monitorul Oficial.

Asociatul exclus are dreptul la beneficii până în ziua excluderii cât și la o parte din patrimoniul social reprezentând contravaloarea aportului depus, dar și obligația de a răspunde de pierderi până la data excluderii, dată până la care răspunde față de terți pentru operațiunile făcute de societate.

Retragerea din societate este valabilă pentru societățile de persoane și pentru societățile cu răspundere limitată în cazurile prevăzute în actul constitutiv și se face cu acordul tuturor celorlalți asociați (sau prin hotărârea tribunalului supusă recursului). Drepturile asociatului retras se stabilesc prin acordul asociaților sau de către un expert, la cererea acestora.

5.4. Prelungirea duratei societății

Când societatea comercială desfășoară o activitate profitabilă, asociații pot decide prelungirea duratei societății.

Între condițiile prelungirii duratei, cele mai semnificative sunt:

- decizia prelungirii și cuprinderea ei în actul adițional să se realizeze înainte de expirarea duratei prevăzute în actul constitutiv (ulterior acestei date prelungirea ar fi inutilă, societatea fiind deja dizolvată “*ope legis*”);
- exercitarea dreptului de opoziție al creditorilor particulari este recunoscut doar în cazul societăților de persoane și al societăților cu răspundere limitată, dacă creditorii au drepturi stabilite printr-un titlu executoriu anterior hotărârii de prelungire a societății (acest drept nu e recunoscut și în cazul societăților de capital, deoarece creditorii acestor societăți nu trebuie să aștepte dizolvarea și lichidarea societății pentru satisfacerea drepturilor lor; pe durata societății ei având dreptul să sechestreze sau să vândă acțiunile debitorului lor);

Efectele prelungirii duratei sunt:

- continuarea existenței societății și după expirarea duratei prevăzute în actul constitutiv, fără ca, în acest fel să se creeze o nouă persoană juridică;
- ca urmare a prelungirii încetarea existenței societății a fost înlăturată, societatea subzistând pe o nouă durată sau pe o durată nedeterminată.

5.5. Fuziunea și divizarea societății comerciale

Fuziunea este operația prin care se realizează o concentrare a societăților comerciale fie prin absorbția unei societăți de către o altă societate, fie prin contopirea a două sau mai multe societăți, pentru a constitui o societate nouă.

Fuziunea prin absorbție reprezintă operațiunea prin care una sau mai multe societăți transmit alteia, ca urmare a dizolvării fără lichidare, totalitatea activului și pasivului patrimonial, atribuindu-se acționarilor sau asociaților societăților absorbite acțiuni sau părți sociale și eventual, o sultă în numerar, care să nu depășească un procent de 10% din valoarea lor nominală sau din valoarea lor contabilă.

Fuziunea prin contopire și constituirea unei noi societăți reprezintă operațiunea prin care mai multe societăți se reunesc pentru a transmite unei societăți care se constituie, ca urmare a dizolvării și radierii lor, ansamblul activului și pasivului patrimonial, în schimbul atribuirii de părți sociale sau acțiuni și eventual, o sultă care să nu depășească 10% din valoarea nominală sau din valoarea lor contabilă.

Divizarea este operațiunea prin care se împarte patrimoniul unei societăți, care își încetează existența, între două sau mai multe societăți existente, sau care iau ființă prin acest procedeu. Caz în care divizarea e totală.

Când se desprinde o parte din patrimoniul unei societăți care își păstrează existența și se transmite acea parte către o altă societate, constituindu-se o societate nouă din acea fracțiune de patrimoniu, divizarea e parțială.

Efectele fuziunii sau divizării sunt:

- în cazul fuziunii prin absorbție, societatea absorbantă dobândește drepturile și își asumă obligațiile societății absorbite; societatea absorbită se dizolvă, fără lichidare;
- în cazul fuziunii prin contopire, drepturile și obligațiile societăților care se contopesc trec asupra noii societăți care ia ființă; societățile contopite se dizolvă, fără lichidare;
- în cazul divizării, societățile care dobândesc bunuri ca efect al divizării răspund față de creditorii pentru obligațiile societății care și-a încetat existența prin divizare, proporțional cu valoarea bunurilor dobândite (dacă prin actul de divizare nu s-a prevăzut altfel); când nu se poate stabili societatea răspunzătoare, societățile care au dobândit bunurile răspund solidar; aceleași reguli se aplică și divizării parțiale;
- societatea sau societățile beneficiare de pe urma fuziunii sau divizării vor atribui părți sociale proprii către asociații societăților care și-au încetat existența;
- dizolvarea fără lichidare și radierea societăților comerciale desființate ca urmare a fuziunii sau divizării.

5.6. Transformarea societăților comerciale

Transformarea societăților este procedeul tehnico-juridic de **schimbare a formei juridice** a unei societăți comerciale.

Condițiile transformării:

- se face prin modificarea actului constitutiv al unei societăți comerciale existente, fapt pentru care, nu se naște o persoană juridică nouă;
- trebuie îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru forma de societate în care se va transforma societatea existentă (de exemplu: prin retragerea unui asociat al unei societăți cu răspundere limitată cu doi asociați, pentru a se evita dizolvarea, este posibilă transformarea într-o societate cu răspundere limitată unipersonală).

SECȚIUNEA 6

DIZOLVAREA SOCIETĂȚII COMERCIALE

Dizolvarea societăților comerciale reprezintă **o etapă în procesul de încetare a personalității juridice** a acestora, formată dintr-un ansamblu de operațiuni care au ca urmare lichidarea patrimoniului societăților în cauză.

Dizolvarea se poate produce:

- pe **baza unei hotărâri a asociaților** (denumită și voluntară; de exemplu: dizolvarea anticipată), caz în care hotărârea se publică în Monitorul Oficial (pentru a face posibilă exercitarea dreptului de opoziție al creditorilor în termen de 30 de zile de la publicare) și se întocmește bilanț de lichidare;
- prin **hotărârea instanței judecătorești**, la cererea oricărui asociat (de exemplu: pentru neînțelegeri grave dintre asociați care împiedică funcționarea societății) sau când însăși instanța dispune falimentul societății comerciale respective, motiv pentru care este o cale de dizolvare silită (a se vedea secțiunea 8); dizolvarea mai poate fi pronunțată de instanță în cazul declarării nulității societății comerciale, ca efect al nerespectării condițiilor de fond și formă impuse de lege; instanța mai poate pronunța dizolvarea societății când societatea nu mai are organe statutare sau acestea nu se mai pot întruni, când societatea nu a mai depus timp de 3 ani consecutivi bilanțul contabil sau alte acte, care potrivit legii se depun la Biroul unic al Camerei de Comerț și Industrie sau când societatea și-a încheiat activitatea, sau nu are sediu cunoscut, ori asociații au dispărut sau nu au domiciliul sau reședința cunoscute (cu excepția inactivității temporare, definită ca fiind perioada de maxim trei ani în care societatea poate să nu desfășoare nici o activitate, dar să anunțe în acest sens organele fiscale și Biroul unic);
- **dizolvarea de drept**, în temeiul legii, când a trecut timpul stabilit pentru durata societății (de exemplu: s-a stabilit în actul constitutiv durata de 5 ani și aceștia s-au împlinit), în cazul imposibilității realizării obiectului societății sau realizării acestuia (de exemplu: nu s-a obținut

concesiunea sau obiectul societății a fost construirea unei șosele, care s-a realizat). Conform Legii nr. 314/2001 societățile comerciale care până la data de 18 august 2001 nu și-au majorat capitalul minim la nivelul stabilit de Legea nr. 31/1990 republicată (respectiv: 25 milioane pentru societățile pe acțiuni și 2 milioane pentru societățile cu răspundere limitată) se vor dizolva de drept și vor intra în lichidare la sesizarea Camerei de Comerț și Industrie sau a statului, prin Ministerul Finanțelor Publice, prin încheierea judecătorului delegat (cu posibilitatea acceptării recursului formulat împotriva acestei încheieri numai dacă se constată că societatea nu s-a putut conforma acestui termen, caz în care i se pot acorda cel mult 3 luni pentru completarea capitalului social).

Există o suită de cazuri speciale de dizolvare specifice anumitor forme de societăți comerciale:

- în cazul societății în nume colectiv și al societății cu răspundere limitată, când prin falimentul, incapacitatea sau excluderea oricărui asociat numărul asociaților se reduce la unu (dacă nu există clauză de continuitate cu succesorii, iar în cazul societății cu răspundere limitată, nu se decide transformarea societății în societate cu răspundere limitată unipersonală);

- la societatea în comandită simplă și în comandită pe acțiuni, când prin retragerea sau decesul unuia (unora) din asociați dispare categoria de asociați comandați sau comanditari;

- la societățile pe acțiuni și în comandită pe acțiuni, în cazul pierderii unei jumătăți din capitalul social sau al reducerii sub minimum legal (fie a capitalului social, sub limita minimă de 25 milioane, fie a numărului de acționari, sub limita de 5);

În caz de dizolvare societatea trebuie să plătească moștenitorilor partea ce li se cuvine, după ultimul bilanț contabil aprobat (în termen de 3 luni de la notificarea decesului asociatului).

Efectele dizolvării societății comerciale sunt:

- are loc deschiderea procedurii lichidării, administratorii având obligația de a convoca adunarea generală pentru desemnarea lichidatorilor;

- societatea își păstrează personalitatea juridică pentru operațiunile de lichidare, dar sunt interzise orice operațiuni comerciale noi;

- în anumite cazuri (cum ar fi fuziunea și divizarea) dizolvarea are loc fără lichidare;

- societatea comercială își încetează existența din momentul radierii din registrul existent la Biroul unic de înregistrare al Camerei de Comerț și Industrie;

- pentru societățile comerciale dizolvate de drept în temeiul Legii nr. 314/2001, ca urmare a faptului că nu și-au majorat capitalul social la minimum prevăzut de Legea nr. 31/1990 republicată (termen limită 18 august 2001) două sunt condițiile posibile:

- a) nu s-a declarat recurs împotriva încheierii judecătorului delegat de dizolvare de drept, sau recursul a fost respins, caz în care, societatea intră în lichidare și se radiază din oficiu, din registrul aflat la Biroul unic al Camerei de Comerț și Industrie (pentru societăți cu răspundere limitată unipersonale dizolvate de drept, asociatul unic răspunde nelimitat și solidar pentru obligațiile sociale ale societății cu răspundere limitată);

- b) dacă recursul a fost admis, se va proceda conform hotărârii instanței judecătorești (tribunalul).

SECȚIUNEA 7

lichidarea societății comerciale

Încetarea existenței societății comerciale reclamă îndeplinirea unor operațiuni care să pună capăt activității, prin intermediul lichidatorilor, și să ducă în final la încetarea statutului de persoană juridică a societății.

Principiile generale ale lichidării societății comerciale sunt:

- personalitatea juridică a societății subzistă pentru nevoile lichidării, legea cere ca toate actele care emană de la societate să arate că aceasta este în lichidare;

- lichidarea se face în interesul asociaților, fapt dovedit prin aceea că lichidarea poate fi cerută numai de către asociați cu excluderea creditorilor societății; adunarea asociaților numește lichidatorii (care preiau gestiunea societății de la administratori), stabilindu-le puterile, înseși condițiile lichidării se stabilesc prin actul constitutiv (de către asociați);

- lichidarea societății este obligatorie deoarece societatea nu poate rămâne în faza de dizolvare.

Activitatea lichidatorilor se caracterizează prin faptul că:

- actul de numire al lichidatorilor de către adunarea generală (sau, în mod excepțional, de către instanță, când condițiile pentru convocare și luarea deciziei de lichidare nu sunt întrunite) se va depune la Biroul unic al Camerei de Comerț și Industrie;
- până la preluarea funcției de către lichidatori, administratorii continuă mandatul lor;
- lichidatorii pot fi atât persoane fizice cât și persoane juridice, unde lichidatorii trebuie să fie autorizați;
- lichidatorii au aceeași răspundere ca și administratorii;
- lichidatorii vor face bilanțul după inventarierea bunurilor;
- operațiunile de lichidare includ operațiuni de **lichidare a activului**, care cuprind transformarea bunurilor societății în bani și încasarea creanțelor pe care societatea le are față de terți și **lichidarea pasivului**, prin care se înțelege plata datoriilor societății către creditorii săi; după terminarea acestor operațiuni se trece la repartizarea activului net între asociați după care procedura lichidării se încheie;
- lichidatorii își îndeplinesc obligațiile sub controlul cenzorilor;
- lichidarea societății trebuie terminată în cel mult 3 ani de la data dizolvării;
- după terminarea lichidării, lichidatorii trebuie să ceară radierea societății din registrul ținut la Biroul unic (dată de la care încetează personalitatea juridică a societății);
- registrele și actele societății trebuie păstrate 5 ani după data depunerii lor la Biroul unic al Camerei de Comerț și Industrie.

SECȚIUNEA 8

PROCEDURA REORGANIZĂRII JUDICIARE ȘI A FALIMENTULUI

Procedura reorganizării și falimentului descinde din procedura falimentului. Ambele fac parte din familia procedurilor de executare colective sau concursuale.

8.1. De la procedura falimentului la procedura reorganizării judiciare și a falimentului

În reglementarea Codului comercial falimentul este, potrivit definiției doctrinei, o procedură de executare silită, aplicabilă comercianților care se găsesc în încetare de plăți pentru datoriile comerciale, cu scopul de a lichida avutul acestora, pentru satisfacerea în mod egalitar, a drepturilor tuturor creditorilor lor.

Procedura falimentului este **unitară** (este unică și simultană pentru toate creanțele care grevează patrimoniul comerciantului aflat în incapacitate de plată), **colectivă** (pentru că reprezintă o apărare comună a intereselor și drepturilor tuturor creditorilor acestui comerciant) și **egalitară** (realizează stingerea tuturor creanțelor într-o proporție directă cu ponderea pe care fiecare creanță o deține în pasivul patrimoniului falitului).

Procedura falimentului reglementată de Codul comercial de la 1887 se remarcă prin **exagerarea funcțiilor punitive și infamante**, care se exprimă în măsurile privative de libertate, în publicitatea falimentului, în limitarea mijloacelor de subsistență și derularea procedurii până la lichidarea averii comerciantului.

Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, republicată în 1999, înlocuiește vechea reglementare din Codul comercial, reprezentând o cotitură în evoluția instituției falimentului, fiind o reglementare mai **liberală și mai favorabilă debitorului**.

În ansamblu, procedurile prevăzute de Legea nr. 64/1995 republicată se împart în două mari categorii:

- proceduri pe **bază de plan**, ce se adoptă în anumite condiții, proceduri ce implică acceptarea (votarea) planului de către majoritățile de creditori, deci care au, cel puțin până la un punct, un caracter de negociere contractuală, vizând redresarea debitorului și plata datoriilor sale către creditori;
- proceduri dispuse de tribunal, care intervin atunci când nici un plan nu este confirmat de tribunal, sau când nu se realizează planul de reorganizare, ori când debitorul nu se conformează planului sau în lipsa unui plan de reorganizare, și care vizează lichidarea averii debitorului.

Scopul Legii nr. 64/1995 republicată, este instituirea unei proceduri pentru acoperirea pasivului debitorului, în insolvență, fie prin reorganizarea comerciantului și a activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la stingerea pasivului, fie prin faliment.

8.2. Domeniul de aplicare

Noua lege a păstrat regula, tradițională în dreptul nostru, a profesionalității falimentului, dispunând că procedura reorganizării și a falimentului **se aplică comercianților**: persoane fizice și societăților comerciale și care, potrivit legii sunt denumite debitori (legea română nu s-a înscris în curentul legislativ modern de extindere a procedurii concursuale și asupra necomercianților – cum se întâmplă în legislația de tip anglo-saxon și germanic, unde se aplică și debitorilor necomercianți). Legea nr. 64/1995 republicată **nu se aplică** regiilor autonome; conform Ordonanței Guvernului nr. 38/2002 (pentru modificarea Legii 64/1995), procedura reorganizării judiciare și a falimentului se aplică și cooperativelor de consum și cooperativelor meșteșugărești, precum și asociațiilor teritoriale ale cooperativelor de consum și meșteșugărești.

Condițiile aplicării Legii nr. 64/1995 republicată, sunt:

- comerciantul-debitor să nu poată face față datoriilor sale comerciale adică:
 - să existe imposibilitatea de a face față pasivului exigibil de natură comercială;
 - cu sumele de bani disponibile;
- prin averea debitorului se înțelege totalitatea bunurilor și drepturilor patrimoniale ale acestuia, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii stabilite prin Legea nr. 64/1995 republicată, care pot face obiectul unei executări silite conform Codului de procedură civilă;
- declanșarea procedurii se poate face de către:
 - însuși debitorul;
 - creditorii care au o creanță certă, lichidă și exigibilă;
 - Camera de Comerț și Industrie teritorială.

8.3. Organele care aplică procedura

Organele care aplică procedura sunt: instanțele judecătorești, judecătorul-sindic, adunarea creditorilor, comitetul creditorilor, administratorul și lichidatorul.

A. Instanțele judecătorești. Potrivit art. 6 din Legea nr. 64/1995, republicată, „toate procedurile prevăzute de lege sunt de competența exclusivă a tribunalului în jurisdicția căruia se află sediul principal al debitorului și sunt exercitate de către judecătorul sindic, desemnat de către președintele tribunalului. Face excepție recursul împotriva hotărârilor date de judecătorul sindic (în baza art. 10 din Legea nr. 64/1995 republicată) în acest caz fiind competentă curtea de apel. Legea stabilește pe de o parte o competență materială și pe de altă parte, o competență teritorială.

Competența materială – revine, potrivit legii, tribunalului.

Competența teritorială – în conformitate cu art. 6 din Legea nr. 64/1995 republicată, competent să aplice procedura reorganizării judiciare și a falimentului este tribunalul în jurisdicția căruia se află sediul principal al debitorului.

B. Judecătorul-sindic. Judecătorul-sindic este potrivit Legii nr. 64/1995 republicată, un magistrat desemnat de președintele tribunalului dintre judecătorii acelui tribunal, el fiind investit pe o perioadă nedeterminată.

Este de precizat faptul că: „judecătorul sindic nu îndeplinește un mandat de drept privat ci îndeplinește o funcție publică. El administrează și lichidează în calitate de magistrat. Actele îndeplinite de judecătorul-sindic trebuie respectate atât de debitor cât și de creditorii”. Potrivit dispozițiilor din Legea nr. 64/1995 republicată, atribuțiile care revineau tribunalului sunt de competența judecătorului sindic.

Principalele îndatoriri ale judecătorului-sindic sunt:

- darea hotărârii de deschidere a procedurii;
- stabilirea datelor ședințelor adunării creditorilor, ori de câte ori consideră necesar și prezidarea ședințelor;
- conducerea activității persoanelor pe care le-a angajat să-l ajute;
- desemnarea prin hotărâre, a administratorului sau a lichidatorului, stabilirea atribuțiilor acestora, controlul activității lor și, dacă este cazul înlocuirea lor;
- judecarea acțiunilor introduse de administrator sau de lichidator pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial, anterioare cererii introductive;
- judecarea contestațiilor debitorului ori ale creditorilor împotriva măsurilor luate de administrator sau de lichidator;

- confirmarea planului de reorganizare sau după caz, de lichidare după votarea lui de către creditorii;
- soluționarea rapoartelor semestriale și cel final al administratorului și lichidatorului;
- examinarea creanțelor și atunci când este cazul, formularea de obiecțiuni la ele;
- urmărirea încasării creanțelor din averea debitorului, rezultate din transferuri de bunuri sau de sume de bani, efectuate de acestea înainte de înregistrarea cererii introductive;
- lichidarea bunurilor din averea debitorului;
- darea hotărârii de încheiere a procedurii;
- autentificarea actelor juridice încheiate de lichidator, pentru a căror validitate este necesară forma autentică.

Conform articolului 9 din lege, judecătorul-sindic va putea fi asistat de către persoane de specialitate desemnate de el și confirmate de tribunal.

Hotărârile judecătorești sunt definitive și executorii.

C. Adunarea creditorilor. Comitetul creditorilor

a) Adunarea creditorilor. Adunarea creditorilor este un organ deliberativ fără personalitate juridică, cu caracter nepermanent.

Adunarea creditorilor este convocată de administrator și lichidator și la cererea creditorilor care dețin creanțe în volume de cel puțin 30% din valoarea totală a acestora.

Dintre problemele importante, care fac convocarea obligatorie, fac parte: verificarea creanțelor; continuarea activității debitorului; decizia pentru angajarea unui administrator; vânzarea bunurilor importante din averea debitorului; votarea planului de reorganizare sau de lichidare.

La ședințele adunării creditorilor vor participa debitorul și cei 2 delegați ai salariaților acestuia, votând pentru creanțele, reprezentând salarii și alte drepturi bănești.

De asemenea, la adunarea creditorilor poate participa și un reprezentant al Camerei de Comerț și Industrie teritorială. Prima ședință a adunării creditorilor va fi prezidată de judecătorul-sindic, iar celelalte de către administrator sau lichidator.

b) Comitetul creditorilor. Comitetul creditorilor este alcătuit din 3 – 7 persoane, care se vor oferi voluntari dintre creditorii chirografari sau creditorii cu creanțe garantate, desemnați în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor, cu majoritate simplă; dacă această majoritate nu se poate atinge, ei sunt desemnați de către judecătorul-sindic.

Comitetul are dreptul la inițiativă în două situații:

- atunci când nu există un plan de reorganizare, să ceară judecătorești să ridice debitorului dreptul de administrare;
- atunci când administratorul sau lichidatorul nu introduce acțiuni pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial, făcute de debitor în fraudă creditorilor, să introducă, cu autorizarea judecătorești, astfel de acțiuni.

Între organele care aplică procedura reorganizării judiciare și a falimentului, O.G. nr. 38/2002 introduce adunarea generală a asociaților / acționarilor și comitetul asociaților / acționarilor.

D. Adunarea generală a asociaților / acționarilor și comitetul asociaților / acționarilor

Adunarea generală a asociaților / acționarilor este formată din asociații / acționarii ce aparțin unei societăți comerciale supuse procedurii reorganizării judiciare și falimentului, ocupând poziția debitorului.

Adunarea poate fi convocată ori de câte ori este necesar, fiind prezidată de regulă de administrator sau lichidator, putând fi convocată și la cererea asociaților / acționarilor reprezentând cel puțin 10% din capitalul social (sau o cotă mai mică dacă actul constitutiv o permite).

Adunarea este competentă să analizeze:

- situația debitorului;
- rapoartele întocmite de comitetul asociaților / acționarilor;
- măsurile luate de administrator sau lichidator, putând să propună motivat și alte măsuri.

În cadrul primei ședințe a adunării generale a asociaților / acționarilor sau ulterior aceștia pot alege un comitet format din 3 – 7 din asociați / acționari.

Comitetul poate îndeplini următoarele atribuții:

- a) propunerea de desemnarea a unui administrator;
- b) consultarea cu administratorul și lichidatorul cu privire la desfășurarea și administrarea procedurii;
- c) examinarea actelor săvârșite de debitor, administrator sau lichidator;
- d) participarea și acordarea de asistență la formularea și negocierea unui plan de reorganizare sau oricărui alt plan propus;

- e) efectuarea de activități pentru protejarea intereselor asociaților / acționarilor.

E. Administratorul

Administratorul persoană fizică sau delegatul permanent, persoană fizică al societății comerciale administratoare va trebui să fie contabil autorizat, expert contabil sau licențiat în studii economice sau juridice ori inginerie și să aibă cel puțin 5 ani de activitate practică economică, juridică sau de specialitate.

Principalele atribuții ale administratorului sunt:

- a) examinarea activității debitorului și întocmirea unui raport asupra cauzelor ce au dus la starea de insolvență;
- b) întocmirea actelor necesare procedurii, când debitorul nu a îndeplinit sau a întocmit-o incomplet;
- c) elaborarea planului de reorganizare;
- d) asistă pe debitor la toate actele privind gestionarea sau numai la o parte din acestea;
- e) conduce în tot sau în parte activitatea debitorului;
- f) stabilirea datelor ședințelor adunării creditorilor;
- g) introducerea acțiunii pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitori în dauna drepturilor creditorilor, a transferurilor cu caracter patrimonial sau a operațiunilor comerciale încheiate de debitor, precum și constituirea unor garanții acordate de debitor care sunt susceptibile a prejudicia drepturi creditorilor;
- h) aplicarea sigiliilor, inventarierea bunurilor și luarea măsurilor necesare conservării lor;
- i) menține sau denunță unele contracte încheiate de debitor;
- j) examinarea creanțelor și, atunci când este cazul formularea de obiecțiuni la acestea;
- k) urmărirea încasării creanțelor referitoare la bunurile din averea debitorului sau la sumele de bani transferate de către debitor înainte de deschiderea procedurii;
- l) sesizarea judecătorului sindic în legătură cu orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta;
- m) orice alte atribuții stabilite de către judecătorul sindic.

F. Lichidatorul

În cazurile de faliment, la propunerea judecătorului-sindic, tribunalul va putea dispune angajarea unui lichidator – persoană fizică sau societate comercială – pe care-l va desemna judecătorul-sindic. Lichidatorul persoană fizică sau delegatul permanent persoană fizică al societății comerciale lichidatoare va trebui să fie contabil autorizat, expert contabil sau licențiat în studii economice ori în drept și să aibă cel puțin 5 ani de activitate practică – economică sau juridică.

Când debitorul este o societate bancară, desemnarea lichidatorului se va face cu avizul obligatoriu al Băncii Naționale a României.

Lichidatorul are următoarele atribuții:

- a) examinarea activității debitorului în raport cu situația de fapt și întocmirea unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă, și supunerea acelui raport judecătorului-sindic în termen de maxim 60 de zile de la desemnarea sa, dacă un astfel de raport n-a fost întocmit de administrator;
- b) conducerea în tot sau în parte a activității debitorului;
- c) introducerea de acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, precum și a unor transferuri cu caracter patrimonial, a unor operațiuni comerciale încheiate de debitori și a constituirii unor garanții acordate de acesta, susceptibile a prejudicia drepturile creditorilor;
- d) aplicarea sigiliilor, inventarierea bunurilor și luarea măsurilor corespunzătoare pentru conservarea lor;
- e) menținerea sau denunțarea unor contracte încheiate de debitor;
- f) examinarea creanțelor și, atunci când este cazul, formularea de obiecțiuni la acestea;
- g) urmărirea încasării creanțelor din averea debitorului, rezultate din transferul de bunuri sau de sume de bani efectuate de acesta înainte deschiderii procedurii;
- h) primirea plăților pe seama debitorului și consemnarea lor în contul averii debitorului;
- i) vânzarea bunurilor din averea debitorului în conformitate cu prevederile legii;
- j) încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea fidejursorilor, renunțarea la garanții reale sub condiția confirmării de către judecătorul-sindic;

- k) sesizarea judecătorului-sindic cu orice problemă are cere o soluționare de către acesta;
- l) orice alte atribuții stabilite prin încheiere de către judecătorul-sindic.

8.4. Procedura de reorganizare

În urma înregistrării cererii debitorului, a necontestării cererii creditorilor sau a Camerei de Comerț de către debitor, ori a respingerii contestației debitorului, tribunalul va notifica aceasta creditorilor, debitorului și Biroului Unic, unde debitorul este înregistrat.

Fie debitorul, ca urmare a cererii introductive de reorganizare pe care a făcut-o, fie creditorii titulari a cel puțin unei treimi din valoarea creanțelor garantate sau creditorii chirografi, titulari a cel puțin unei treimi din valoarea creanțelor negarantate, asociații (acționarii) sau administratorul, vor putea propune un plan în care se va prevedea fie reorganizarea și continuarea activității debitorului, fie lichidarea averii acestuia.

Nu poate fi acceptat nici un plan de reorganizare propus de debitorul comerciant persoană fizică, dacă acel debitor a fost, în ultimii 5 ani, debitor într-o procedură reglementată de Legea nr. 64/1995 republicată, sau a fost condamnat definitiv pentru: bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită, infracțiuni împotriva proprietății ori infracțiuni incriminate prin Legea concurenței nr. 21/1996 modificată.

Termenul limită în care se poate executa planul de reorganizare, este de 3 ani de la data confirmării.

A. Admiterea planului de către judecătorul-sindic

Planurile vor fi supuse analizei judecătorului-sindic, care le va admite, dacă vor fi propuse de persoanele competente și vor cuprinde toate informațiile cerute, precum și dacă planul este realizabil, sau le respinge.

Tot înainte de a se pronunța asupra admiterii sau respingerii planului, judecătorul-sindic va audia pe cel care a propus planul.

Dacă pot fi confirmate mai multe planuri, judecătorul-sindic va căuta să le supună împreună la vot în adunarea creditorilor.

După admitere, planurile vor fi depuse, spre a putea fi consultate de cei interesați și comunicate tuturor creditorilor cunoscuți, debitorului și tuturor asociațiilor sau acționarilor.

Judecătorul-sindic va dispune ca admiterea planului să fie publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a și în două ziare locale de largă răspândire, precizându-se persoana care l-a propus și procedura de votare admisă. Din momentul publicării, se socotește că toate părțile interesate au cunoștință de plan.

B. Votarea planului

a) Măsuri procedurale

La ședința pentru votarea de către creditorii a planului (sau a planurilor) vor participa creditorii, debitorul și asociații sau, după caz, acționarii și va fi prezidată de judecătorul-sindic.

b) Procedura votării

Planul va fi votat pe categorii de creanțe; va fi socotit acceptat de către o categorie de creanțe, dacă în categoria respectivă o majoritate de 2/3 din valoarea creanțelor prezente la vot acceptă planul.

Asociații (sau acționarii) pot participa la ședință, dar nu pot vota decât dacă prin plan li s-ar acorda mai puțin decât ar primi în cazul falimentului. Când nu sunt defavorizați, se va considera că acceptă planul și votul lor nu mai este necesar.

Nu este necesar votul nici în cazul creditorilor pentru care planul prevede că nu vor primi nimic, dar în acest caz se consideră că ei au respins planul.

Dacă mai multe planuri ar putea fi confirmate, judecătorul-sindic va confirma planul debitorului. Dacă acesta nu întrunește condițiile legale, va fi confirmat planul acceptat de cele mai multe categorii de creanțe defavorizate.

C. Efectele confirmării planului

Sentința de confirmare a planului pronunțată de judecătorul-sindic, rămasă definitivă, poate fi investită cu formula executorie și utilizată de creditorii ca titlu executoriu contra debitorului.

Debitorul va fi obligat să îndeplinească, fără întârziere, schimbările de structură prevăzute în plan și va putea continua să-și conducă activitatea și să-și administreze averea singur sau sub supravegherea administratorului.

În cazul reorganizării debitorului – societate comercială sau organizație cooperatistă – aceasta va fi condusă de persoanele legal împuternicite să o reprezinte singure sau sub supravegherea administratorului. Acționarii și asociații cu răspundere limitată nu au dreptul de a interveni în conducerea activității ori în administrarea averii.

În cazul în care se constată o redresare a activității și o creștere a cuantumului sumelor care urmează a fi distribuite creditorilor, judecătorul-sindic poate dispune prelungirea perioadei de reorganizare, total sau în parte, pentru o durată de cel mult un an, dispunând ca administratorul să supravegheze activitatea debitorului.

D. Încetarea procedurii reorganizării

Dacă debitorul nu se conformează planului sau dacă activitatea sa aduce pierderi, administratorul sau oricare dintre creditori poate cere, în scris, judecătorului-sindic să aprobe începerea procedurii falimentului.

8.5. Falimentul

A. Cazurile de faliment

Situațiile în care tribunalul dispune declanșarea procedurii falimentului sunt:

- a) debitorul și-a declarat intenția de a intra în faliment, ori nu și-a declarat intenția de reorganizare;
- b) dacă nu este confirmat nici un plan de reorganizare;
- c) judecătorul-sindic poate dispune motivat că reorganizarea să înceteze și să se treacă la lichidarea averii debitorului;
- d) dacă debitorul nu se conformează planului, judecătorul-sindic, administratorul sau oricare dintre creditori poate cere, în scris, începerea procedurii falimentului;
- e) pentru debitorul comerciant persoană fizică, în lipsa unui plan de reorganizare confirmat și în condițiile degradării continue a activității acestuia, se poate ridica debitorului dreptul de a-și conduce activitatea și concomitent, se poate dispune începerea procedurii falimentului.

Prin încheierea prin care se decide intrarea în faliment judecătorul-sindic va pronunța dizolvarea societății debitoare. Același efect juridic îl va avea și neconfirmarea nici unui plan de reorganizare în termen legal.

B. Efectuarea lichidării

a) Desemnarea lichidatorului

Judecătorul-sindic va desemna un lichidator persoană fizică sau societate comercială, va stabili atribuțiile și remunerația acestuia (poate fi desemnat lichidator și administratorul desemnat anterior).

Persoana fizică desemnată ca lichidator sau delegatul permanent al societății comerciale lichidatoare trebuie să îndeplinească aceleași condiții de calificare și experiența profesională cerute de lege pentru administratori.

b) Vânzarea averii debitorului

Bunurile pot fi vândute în bloc, ca ansamblu în stare de funcționare sau individual. Vânzarea bunurilor începe numai după afișarea tabelului definitiv al creanțelor. Valorile mobiliare deținute de către debitor se vor putea vinde numai în condițiile Legii nr. 52/1994 privind valorile mobiliare și bursele de valori.

Bunurile mobile vor fi vândute cu respectarea normelor Codului de procedură civilă referitoare la executarea silită, prin “vânzarea la licitație”, iar bunurile imobile, în acord cu prevederile referitoare la licitație și adjudecare.

Bunurile imobile pot fi vândute și direct, la propunerea lichidatorului. Propunerea trebuie să conțină toate datele necesare identificării imobilului.

Judecătorul-sindic va notifica această propunere debitorului și tuturor creditorilor ce au garanții reale asupra bunurilor, convocându-i la o ședință în maxim 30 de zile de la primirea cererii formulate de lichidator. Contestațiile motivate se pot depune cu cel puțin 5 zile înainte de data convocării.

Tribunalul aprobă vânzarea printr-o încheiere care se afișează la imobilul ce va fi vândut și se comunică debitorului și creditorilor cu garanții reale asupra bunului. Hotărârea se publică în două ziare locale de largă răspândire. Vânzarea nu se poate face înainte de trecerea a 20 de zile de la data ultimei publicări în ziar.

c) Urmărirea averii personale a asociaților

În situația în care datoriile unei societăți comerciale în nume colectiv sau în comandită simplă sau în comandită pe acțiuni nu sunt stinse prin lichidarea averii societății debitoare, judecătorul-sindic (sau lichidatorul) va putea proceda la executarea silită împotriva:

- asociaților societății în nume colectiv;
- asociaților comandați din societatea în comandită simplă;
- asociaților comandați din societatea în comandită pe acțiuni.

C. Distribuirea sumelor realizate în urma lichidării

Legea nr. 64/1995 republicată prevede că, în aplicarea principiilor dreptului comun, creditorii având ipoteci sau alte garanții reale asupra bunurilor din patrimoniul debitorului pot fi plătiți din sumele de bani realizate din vânzarea bunurilor supuse garanțiilor lor (capitalul, dobânda și cheltuielile aferente).

Fondurile realizate din lichidare vor fi distribuite în două mari categorii succesive:

a) În prima categorie vor fi plătite:

- creanțe bugetare, constând din impozite, taxe, contribuții, amenzi și alte sume ce reprezintă venituri publice, care se urmăresc și se realizează conform Ordonanței Guvernului nr. 11/1996 privind executarea creanțelor bugetare, modificată și completată.

b) În cea de-a doua categorie, vor fi plătite creanțele chirografare atât în cazul reorganizării sau al lichidării unor bunuri din averea debitorului pe bază de plan, cât și în cel al falimentului, în următoarea ordine:

- taxele, timbrele și orice alte cheltuieli aferente, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului, precum și remunerațiile persoanelor angajate;
- creanțele reprezentând credite, cu dobânzile și cheltuielile aferente, acordate societăților bancare după deschiderea procedurii;
- creanțe izvorâte din raporturi de muncă, pe cel mult 6 luni anterioare deschiderii procedurii;
- creanțele bugetare;
- creanțe garantate cu ipoteci, gajuri sau alte garanții reale mobiliare, ori drepturi de retenție;
- sume datorate unor terți pentru hrană și întreținere, pe cel mult 6 luni anterioare începerii procedurii;
- cheltuielile din timpul procedurii, necesare conservării și administrării bunurilor din averea debitorului;
- datoriile rezultate din continuarea activității debitorului, dacă se constată o redresare a activității acestuia și tribunalul a dispus prelungirea perioadei de reorganizare;
- alte creanțe chirografare.

Sumele de distribuit între creditori în același rang de prioritate se acordă proporțional cu suma alocată pentru fiecare creanță, prin tabelul sus-menționat.

Creditorii ale căror creanțe au fost prezentate tardiv (dar nu mai târziu de încheierea lichidării) vor lua parte la distribuire, în mod proporțional, numai din sumele eventual rămase după plata creanțelor înregistrate în termen.

În partea finală a fazei distribuirii sumelor realizate din urma lichidării, după ce toate bunurile din averea debitorului au fost lichidate și toate contestațiile cu privire la creanțe au fost soluționate, judecătorul-sindic va supune tribunalului un raport final, împreună cu un bilanț general. Copii după aceste două acte întocmite de judecătorul-sindic se vor comunica tuturor creditorilor și debitorului și de asemenea, câte o copie a lor va fi afișată la ușa tribunalului.

Judecătorul-sindic va convoca adunarea creditorilor la un termen de maxim 30 de zile de la afișarea raportului final. Obiecțiile creditorilor se pot formula cu cel puțin 5 zile înainte de data convocării.

Distribuirea finală a tuturor fondurilor din averea debitorului se face de către judecătorul-sindic.

D. Închiderea procedurii

Lichidatorul este obligat să întocmească un raport final al lichidării și să-l prezinte judecătorului-sindic, împreună cu un bilanț general. **Aceste documente vor fi comunicate creditorului și debitorului și se vor afișa la ușa tribunalului.**

Judecătorul-sindic va examina raportul final, inclusiv obiecțiile făcute de creditori, urmând să-l aprobe sau să-l respingă. Raportul întocmit de lichidator va fi aprobat de judecătorul-sindic printr-o sentință **dacă au fost formulate obiecțiuni** soluționate, sau printr-o încheiere **dacă nu au fost soluționate asemenea obiecțiuni.**

Lichidarea va fi considerată închisă când judecătorul-sindic aprobă raportul final și când toate fondurile au fost distribuite creditorilor, iar cele rămase au fost depuse la bancă.

În orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic poate da o încheiere de închidere a acesteia **dacă există una din următoarele situații:**

- debitorul nu are bunuri care să fie supuse procedurii, deci se află în stare de insolvabilitate;
- bunurile existente nu sunt suficiente pentru stingerea datoriilor.

Prin închiderea procedurii, **debitorul va fi descărcat de obligațiile pe care le avea** înainte de înregistrarea cererii sale sau de la expirarea termenului pentru a contesta cererea creditorilor ori înainte de respingerea contestației sale. Totuși, sub rezerva găsirii debitorului ca vinovat de bancrută frauduloasă sau de a fi făcut plăți ori transferuri frauduloase înainte de datele de mai sus, el nu va fi descărcat de aceste obligații, în măsura în care ele nu au fost plătite în cadrul procedurii.

Totodată judecătorul-sindic și orice persoană care îl asistă vor fi descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură.

În definiția în sens larg a obligației se include raportul juridic în conținutul căruia intră “dreptul de creanță” (latura activă), ce aparține creditorului și “datoria” (latura pasivă), ce incumbă debitorului.

- Obligația **în sens larg** este raportul juridic în conținutul căruia intră dreptul subiectiv al creditorului, de a cere subiectului pasiv-debitor, de a face sau a nu face ceva, sub sancțiunea constrângerii.
- **În sens restrâns**, obligația este considerată a fi acel raport juridic în virtutea căruia debitorul este ținut față de creditor la o prestație pozitivă (a da sau a face) sau la o abstențiune (a nu face).

Acele juridice în dreptul comercial pot fi:

- ☒ unilaterale (încuviințarea reprezentării comerciale, emiterea cambiei etc.)
- ☒ bilaterale sau multilaterale (contracte sinalmatice cu titlu oneros).

Obligațiile comerciale pot avea izvoare diferite:

- acte juridice unilaterale;
- contracte (unilaterale, bilaterale) și quasi contracte (gestiunea de afaceri, plata nedatorată, îmbogățirea fără justă cauză);
- delictе și quasi delictе (responsabilitatea civilă);
- legea (de exemplu obligația de a cere înregistrarea la Registrul Comerțului, potrivit Legii nr. 26/1990 republicată).

Ele pot avea dreptul temei și o simplă idee de echitate – obligațiile naturale.

Obligațiile comerciale sunt reglementate prin unele dispoziții derogatorii de la dreptul comun datorită specificului relațiilor comerciale.

- ☒ **Solidaritatea obligațiilor** (articolul 42 Cod comercial)

Sediul general al instituției solidarității este în dreptul civil și poate fi definită ca aceea modalitate a obligațiilor care împiedică diviziunea lor, deși prin natura lor sunt divizibile. Divizibilitatea creanței este regula, iar solidaritatea excepția.

Pentru a asigura o mai deplină ocrotire a creditorilor și securitate a tranzacțiilor, legiuitorul a inversat această regulă, solidaritatea devenind regula și divizibilitatea creanței, excepția.

Astfel, în articolul 42 Cod comercial se prevede: “În obligațiile comerciale codebitorii sunt ținuți solidar, afară de stipulația contrară”. Soluția consacrată în Codul comercial este diametral opusă de soluția din articolul 1041 Cod civil, în care obligația solidară nu se prezumă, ci trebuie expres stipulată. În Codul comercial se prevede că această prezumție există și contra fidejursorului, chiar necomerciant; ea nu se aplică necomercianților pentru operațiuni care, în ceea ce-i privește, nu sunt fapte de comerț. În Codul civil însă (articolul 1652 și urm.), fidejursorul este ținut pentru obligațiile debitorului numai în subsidiar și nu solidar cu acesta.

Legiuitorul mai prevede un tip de solidaritate, care nu permite însă înlăturarea sa pe calea voinței părților, din pricina caracterului public – este vorba despre solidaritatea asociațiilor în societățile de persoane și solidaritatea administratorilor societăților comerciale (Legea nr. 31/1990 republicată).

- ☒ **Fructificarea de drept a banilor**

Problema dobânzilor este strict legată de materia daunelor pentru neexecutarea obligațiilor contractuale.

Potrivit articolului 1073 Cod civil, oricine se obligă la efectuarea unei prestații este îndatorat să o îndeplinească sub sancțiunea daunelor-interese.

Când obligația constă într-o sumă de bani, daunele sunt prezumate și nu mai trebuie să fie dovedite; ele se exprimă sub formă de dobânzi.

Dobânda legală poate să curgă de la o anumită dată, prevăzută de legiuitor; în aceste cazuri ea curge de drept. În toate celelalte cazuri, daunele-interese sub formă de dobânzi sunt datorate din momentul în care debitorul este pus în întârziere. Dobânda nu curge din simplul fapt al ajungerii la termen.

Potrivit articolului 43 Cod comercial, “Datoriile comerciale lichide și plătibile în bani produc dobânda de drept din ziua când devin exigibile”, debitorul este de drept în întârziere prin simpla ajungere la termen. Această dispoziție se aplică dacă este vorba de o obligație comercială care constă într-o sumă de bani.

Pentru ca dobânda să curgă de drept, trebuie întrunite anumite **condiții** și anume:

1. obligația debitorului să constea în plata unei sume de bani; la aceasta se va calcula dobânda;
2. obligația să fie lichidă;
3. obligația să fie exigibilă, ajunsă la scadență;
4. o altă specificitate a dobânzii în materie comercială o constituie anatocismul.

Anatocismul sau **dobânda la dobândă** este acea înțelegere prin care părțile contractante convin ca dobânda să se capitalizeze, adică să se adauge la suma datorată și să se calculeze din noua dobândă.

Literatura de specialitate a opinat că anatocismul este permis în materie comercială. Ordonanța Guvernului nr. 9/2000 a abrogat dispozițiile articolului 1089, alin. 2 Cod civil. În articolul 8, alin. 1 din Ordonanța Guvernului nr. 9/2000 se prevede: “Dobânda se va calcula numai asupra cuantumului sumei împrumutate”. În alineatul 2 al aceluiași articol se prevede că dobânzile se pot capitaliza și pot produce dobânzi în temeiul unei convenții speciale încheiate în acest sens, după scadența lor, dar numai pentru dobânzi datorate de cel puțin un an.

Anatocismul este permis numai dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

1. să existe un contract de împrumut;
2. să existe o convenție specială privind anatocismul;
3. convenția de “dobândă la dobândă” trebuie să intervină după scadență;
4. “dobânda la dobândă” se calculează numai pentru dobânzi datorate pe cel puțin un an.

Anatocismul nu se aplică în cazul contractului de cont curent și în cazul în care legea prevede altfel.

Ordonanța Guvernului nr. 9/2000 reglementează regimul juridic al dobânzii legale. Astfel în articolul 6 din Ordonanța Guvernului nr. 9/2000 se prevede:

Prin **dobândă** se înțelege nu numai suma de bani cu acest titlu, dar și alte prestații sub orice titlu sau denumire, la care debitorul se obligă drept echivalent al folosinței capitalului.

Potrivit Ordonanței Guvernului nr. 9/2000, dobânda legală se aplică:

- ◆ numai obligațiilor legale sau contractuale, obligații care constau în sume de bani,
- ◆ numai în cazul răspunderii debitorului pentru întârzierea executării obligației bănești și nicidecum pentru neexecutarea sau executarea necorespunzătoare.

Pentru determinarea dobânzii legale aplicabile raporturilor juridice de drept civil trebuie să se determine în prealabil dobânda aplicabilă raporturilor juridice de drept comercial.

Potrivit articolului 3, alin. 1 din Ordonanța Guvernului nr. 9/2000:

“Dobânda legală se stabilește în materie comercială, când debitorul este comerciant, la nivelul taxei oficiale a scontului stabilit de Banca Națională a României”.

Nivelul taxei oficiale a scontului este cel din ultima zi lucrătoare a fiecărui trimestru, valabil pentru întreg trimestrul următor.

Există o **excepție** prevăzută în articolul 4 din Ordonanța Guvernului nr. 9/2000, privind dobânda aplicabilă în raporturile de comerț exterior sau în alte relații economice internaționale:

“În relațiile de comerț exterior sau în alte relații economice internaționale, atunci când legea română este aplicabilă și când s-a stipulat plata în monedă străină, dobânda legală este de 6% pe an”.

Rata dobânzii pentru întârzierea în plata unei obligații bănești se stabilește de părți. În cazul în care părțile nu au prevăzut în contract rata dobânzii, se aplică dobânda legală. Dobânda contractuală

aplicabilă în materia comercială trebuie să fie prevăzută printr-un act scris. Legiuitorul prevede în articolul 7 din Ordonanța Guvernului nr. 9/2000 posibilitatea plății anticipate a dobânzilor, dar pe o perioadă de cel mult șase luni.

Cumulul dobânzilor cu despăgubirile nu este admis. De la această regulă, în dreptul comercial există următoarele **excepții**:

- mandatarul care întrebuițează în alte scopuri sumele primite în contul mandatului datorează în afară de dobânzi și daune-interese (articolul 383 Cod comercial);
- “Asociatul care a depus ca aport una sau mai multe creanțe nu este eliberat cât timp societatea nu a obținut plata sumei pentru care au fost aduse.

Dacă plata nu s-a putut obține prin urmărirea debitorului cedat, asociatul, în afară de daune, răspunde de suma datorată, cu dobânda legală din ziua scadenței creanțelor”. (articolul 84, alin. 2 din Legea nr. 31/1990 republicată; a se vedea capitolul 4, secțiunea 3.3.);

- “Asociatul care întârzie să depună aportul social este răspunzător de daunele pricinuite, iar dacă aportul a fost stipulat în numerar este obligat și la plata dobânzilor legale din ziua în care trebuia să facă vărsământul” (articolul 65, alin. 2 din Legea nr. 31/1990 republicată).

În situația unui contract comercial, penalitatea (dobânda) pentru întârziere în executare nu este limitată dacă este stabilită pe cale contractuală.

☒ Interdicția acordării termenului de grație

Potrivit articolului 1021 Cod civil, dacă una din părți nu-și îndeplinește obligațiile, contractul nu este desființat de drept, ci partea prejudiciată are alegerea să silească pe cealaltă parte să execute convenția sau să-i ceară desființarea cu daune-interese; desființarea se cere înaintea justiției care, după circumstanțe, poate acorda un termen de grație părții acționate.

Articolul 44 Cod comercial prevede că “În obligațiile comerciale, judecătorul nu poate acorda termenul de grație permis de articolul 1021 din Cod civil”.

În materie comercială, debitorului îi este interzis să se prevaleze de facultatea pe care o are în materie civilă. Necesitatea apărării creditului și a circulației bunurilor cer ca obligațiile comerciale să se execute întocmai și la termenul stipulat.

Pentru a opera interdicția de acordare a termenului de grație trebuie îndeplinite următoarele condiții și anume:

- ◆ obligația debitorului să rezulte dintr-un contract sinalagmatic;
- ◆ contractul trebuie să prevadă un termen de executare;
- ◆ obligația debitorului trebuie să aibă un caracter comercial.

☒ Interzicerea retractului litigios

În materia cesiunii de creanță, în scopul eliminării intenției de speculă, în Codul civil s-a prevăzut că atunci când se cedează drepturi litigiose debitorului, debitorul cedat va putea să se elibereze valabil plătind nu valoarea creanței, ci prețul real pe care cesionarul l-a plătit cedentului plus cheltuielile și dobânda de la data achitării prețului cesiunii (articolele 1402-1404). În acest fel dobânditorii de creanțe litigioase sunt descurajați, sub aspectul unor eventuale intenții speculative, nemaivând motiv să se substituie unor creditori aflați în jenă financiară sau înspăimântați de perspectiva pierderii procesului.

Având drept consecință o îngrădire a circulației bunurilor și o limitare sau chiar excludere a unui câștig rezultat din diferența dintre prețul de cumpărare și cel de vânzare, retractul litigios nu putea și nici nu a fost acceptat de legiuitorul comercial (articolul 45 Cod comercial). Această interdicție este însă circumscrisă la drepturile care își au izvorul într-o faptă de comerț.

1.1. Noțiune

Etimologic, termenul „contract” provine din latinescul *contrahere* (a trage împreună).

Juridic, contractul reprezintă, conform prevederilor articolului 942 Cod civil, acordul de voință dintre două sau mai multe persoane prin care se nasc, se modifică sau se sting drepturi și obligații.

♦ **În dreptul român**, termenul de contract este echivalent cu cel de convenție, concluzie care rezultă indubitabil din expresia folosită de legiuitor: titlul III din Codul civil este denumit „Despre contracte sau convenții”.

♦ **În dreptul francez**, termenul de contract a fost folosit inițial pentru a desemna acordul de voință creator de obligații numai în cazurile expres arătate de legiuitor într-una din următoarele forme: verbală, scrisă sau remiterea obiectului contractului. Numai patru categorii de contracte au fost numite consensuale: vânzarea, închirierea, mandatul și societatea.

Relativitatea conținutului noțiunii de contract rezultă din definiția dată de legiuitor. De exemplu, în raporturile precontractuale este greu de stabilit unde se termină aceste raporturi și unde încep relațiile contractuale. Adesea conținutul contractului este fixat de legiuitor, părțile contractante exprimându-și doar dorința de a li se aplica dispozițiile legale (contracte de adeziune).

Jurisprudența franceză nu tratează în toate situațiile convenția de asistență ca un contract, fiind astfel la limita quasicontractului și delictului.

♦ **Dreptul englez** prezintă contractul ca o afacere și rareori ca acord de voință care să se bazeze pe încredere.

♦ **În dreptul american contemporan**, contractul este privit ca un instrument de schimburi economice, distingându-se două varietăți:

- ♦ **contractul clasic**, care presupune negocieri prealabile, efectele sale fiind instantanee (de exemplu, cumpărarea unui produs de consumație);
- ♦ **contractul relațional**, care are o mare importanță economică și socială, încheierea sa fiind precedată de lungi tratative și negocieri vizând un număr considerabil de persoane, fiind renegociabil.

Din analiza comparată rezultă că orice contract este o convenție și nu un act unilateral, care are ca obiect crearea de obligații. Dacă orice contract este o convenție, nu orice convenție este un contract: de exemplu, unele convenții prin care se transmit ori se sting drepturi și obligații (cesiunea de creanță și remiterea de datorie).

Trebuie să se facă deosebirea între contracte și simplele acte de complezență, de curtoazie care nu produc efecte juridice, deși sunt exteriorizate sub forma contractelor (de exemplu, invitația făcută de o persoană, acceptată de cel căruia i se adresează de a viziona împreună un spectacol, ori sfatul medical dat de un medic unui amic etc.).

De asemenea, există unele contracte care, deși nu sunt obligatorii totuși nu sunt lipsite de toate efectele juridice, fie pe motivul că seamănă cu un contract (angajamente de onoare, *gentleman's agreements*, în dreptul internațional public), fie că prezintă un acord de principiu între părți, urmând a se purta tratative, negocieri legate de conținut.

1.2. Încheierea și executarea contractului**Considerații generale**

Acordul de voință al părților se realizează pe baza principiului libertății contractuale, potrivit căruia, în limitele generale, contractanții pot stabili clauze contractuale. Din momentul perfectării lui în mod valabil, contractul capătă forță obligatorie între părți, producându-și efectele pe care acestea le-au dorit.

Așadar, principalele aspecte privind efectele contractului sunt:

- libertatea de voință a părților, interpretarea conținutului contractului;

- principiul obligativității contractului în raporturile cu alte persoane care nu au calitatea de părți contractante;
- efectele specifice contractelor sinalagmatice.



Principiul libertății de voință contractuală

În principiu, încheierea oricărui contract este liberă și, mai mult, părțile contractante pot stabili conținutul contractului pe baza acordului de voință, contractul trebuie să cuprindă în mod obligatoriu în funcție de natura sa, clauze contractuale referitoare la: obligațiile ce revin părților în derularea contractului, livrarea mărfurilor, termene și modalități de plată, clauze de inflație, consolidarea prețului, mod de soluționare a litigiilor (legea nr. 469/2002).

Libertatea voinței juridice trebuie înțeleasă însă în limitele generale legale. Aceste limite sunt stabilite generic prin articolul 5 Cod civil, potrivit căruia „nu se poate deroga, prin convenții sau dispoziții particulare, la legile care interesează ordinea publică și bunele moravuri”.

Acest text este completat de articolul 5 Cod civil, potrivit căruia „cauza este nelicită când este prohibită de legi, când este contrarie bunelor moravuri și ordinii publice”.

Așadar, libertatea de voință contractuală trebuie să se manifeste atât în cadrul legal cât și al normelor moralei, chiar dacă aceste reguli de etică nu sunt exteriorizate în forma juridică necesară obligativității lor juridice.

Noțiunea de **ordine publică** implică mai multe aspecte:

ordinea publică politică	reprezintă totalitatea normelor juridice care protejează organizarea fundamentală a societății: statul, familia, libertățile individuale etc. Ele se exteriorizează, adesea, prin dispoziții penale care au ecou și în materie contractuală (de exemplu, este interzis ca cineva să se asigure împotriva amenzilor penale).
ordinea publică morală	prin care se tinde a se respecta normele morale (de exemplu, este imoral contractul care are ca obiect primirea unei remunerații pentru persoana care a intermediat o înfiere).
ordinea publică socială	se manifestă prin ceea ce se numește „drept social” relativ la muncă și la securitatea socială
ordinea publică economică	se află într-o strânsă legătură cu ordinea publică socială. Are două laturi:

- ◆ ordine publică de protecție, destinată protejării anumitor categorii sociale cu posibilități economice (financiare) reduse (de exemplu, consumatori, împrumutați, locatari etc.);
- ◆ ordine publică de direcție, destinată a transmite diferitelor sisteme de activități deciziile statului, atunci când operează un sistem dirijist (de exemplu, politica de prețuri, care se traduce prin dreptul la concurență, dreptul fiscal, prin care statul intervine în cadrul activității comercianților etc.).

În strânsă legătură cu ordinea publică și cu principiul libertății contractuale (autonomie de voință) este și frauda la lege.



Încheierea contractelor

1. Aspecte prealabile

Acordul de voință al părților asupra clauzelor contractuale se formează prin întâlnirea ofertei cu acceptarea ei, deci pe baza unei negocieri.

În civilizația contemporană există însă un număr considerabil de contracte care sunt încheiate fără negociere prealabilă (de exemplu: cumpărarea unui magazin la un preț fixat anticipat; cumpărarea unui bilet de călătorie pe calea ferată, la un tarif deja stabilit).

Mecanismul întâlnirii ofertei cu acceptarea este foarte complex și de nenumărate ori acesta este precedat de negocieri.

Negocierea este invitația lansată de una din părți de a trata conținutul unui eventual contract.
--

Această invitație se deosebește de oferta fermă: negocierea poate fi urmată sau concretizată într-un „acord de voință”, practicate mai ales în comerțul internațional.

Din punct de vedere juridic, există în această privință două principii contradictorii:

- ◆ pe de o parte, libertatea părților de a desființa acordul prealabil fără a antrena responsabilitatea celui care a renunțat, întemeiată pe principiul libertății contractuale;
- ◆ pe de altă parte, există obligația ce revine părților de a se manifesta cu bună credință în cadrul negocierii și de a respecta „angajamentele de principiu”.

Cu toate acestea, în măsura în care una din părți dovedește rea credință în respectarea negocierii prealabile, ea va răspunde pe temei delictual și va repara prejudiciul cauzat partenerului, paguba reprezentând echivalentul cheltuielilor făcute cu organizarea negocierii și cu eventualele studii prealabile efectuate.

2. Oferta de a contracta

Încheierea contractului începe cu propunerea de a contracta, numită ofertă sau policitațiune.

Condițiile pe care trebuie să le îndeplinească oferta:

- trebuie să fie fermă: ofertantul nu are posibilitatea de a o modifica sau retracta;
- trebuie să fie precisă și completă: să cuprindă toate elementele necesare contractului;
- trebuie să fie neechivocă: să exprime intenția ofertantului de a contracta (de exemplu: o marfă expusă în vitrină fără preț poate conduce la concluzia că este un model, nu un obiect de vânzare);
- trebuie să fie o manifestare de voință reală, serioasă, conștientă și cu intenția de a angaja din punct de vedere juridic.

Oferta poate fi:

- ◆ expresă sau tacită;
- ◆ în scris sau verbal;
- ◆ adresată publicului sau unei persoane determinate.

Este vorba despre o ofertă tacită atunci când, prin anumite atitudini, în împrejurări bine determinate, se poate trage concluzia unei manifestări de voință chiar și prin tăcere.

De exemplu, staționarea unui taximetrist într-o stație amenajată în acest sens reprezintă o ofertă, chiar dacă șoferul nu-și exprimă verbal consimțământul de a efectua transportul. De asemenea, se poate considera tacită oferta de prelungire a contractului de închiriere dacă termenul contractual a expirat și chiriașul folosește în continuare imobilul (tacita relocațiune).

Oferta adresată publicului rezultă, de exemplu, din anunțurile de vânzare lansate prin diferite publicații cotidiene; ofertantul va fi obligat față de primul acceptant. Din punct de vedere al efectelor, acest gen de ofertă nu se deosebește de cea adresată unei persoane determinate.

Dacă oferta este cu termen, ea trebuie menținută în limita termenului respectiv; aceste poate fi stabilit expres, dar poate rezulta implicit din natura contractului și din timpul necesar de gândire și de acceptare de către destinatar, termen numit termen rezonabil.

3. Revocarea și caducitatea ofertei (forța obligatorie a ofertei)

Revocarea

Oferta poate fi revocată, în principiu, atât timp cât ea nu a ajuns la destinatar.

Sunt necesare următoarele **precizări**:

→ **cazul ofertei fără termen:**

- ◆ dacă este adresată publicului, ofertantul o poate revoca;
- ◆ dacă este adresată unei persoane determinate, ea trebuie să fie menținută într-un termen rezonabil; nerespectarea acestei obligații are drept consecință sancționarea ofertantului prin obligarea lui la plata daunelor-interese destinatarului ofertei.

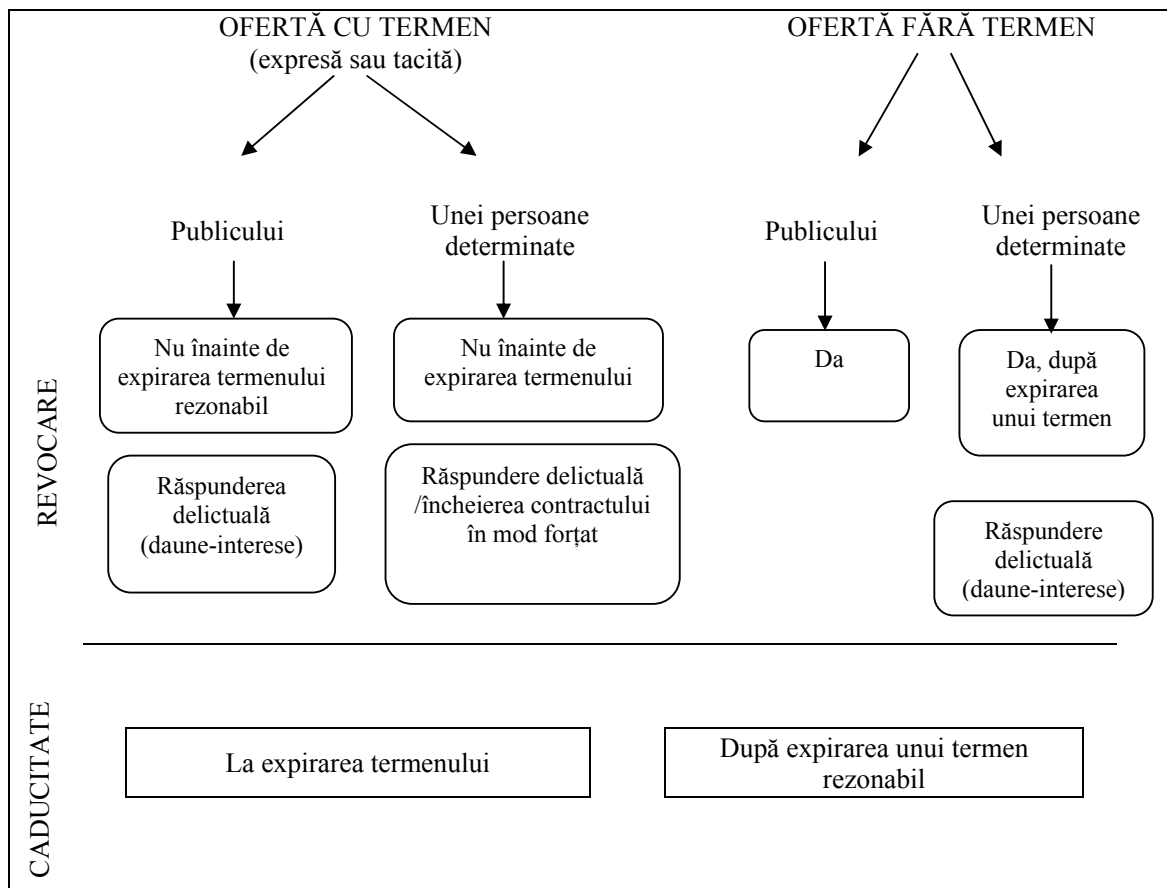
→ **cazul ofertei cu termen:**

- ◆ ofertantul are obligația de a o menține până la îndeplinirea termenului respectiv; dacă oferta este revocată intempestiv, ofertantul va răspunde delictual față de destinatarul ei. Există opinia, în literatura de specialitate, care admite că cea mai eficientă sancțiune care se poate aplica ofertantului în acest caz este recunoașterea contractului ca valabil încheiat (desigur, în măsura în care oferta a fost acceptată de destinatarul ei).

Caducitatea ofertei

Apare în situația în care aceasta nu poate să producă efecte, fie că ofertantul a schimbat condițiile stabilite inițial, fie prin expirarea termenului de acceptare.

În general, oferta devine caducă în caz de moarte, faliment sau incapacitatea ofertantului pentru acele contracte cu caracter „*intuitu personae*”.



4. Oferta și antecontractul (promisiunea de a contracta)

Oferta de a contracta nu se confundă cu antecontractul. Dacă oferta este un act juridic unilateral, antecontractul este un act juridic de formație bilaterală, un contract, chiar dacă există obligații doar pentru promitent (de exemplu, o persoană se obligă față de alta să-i vândă un anumit imobil).

Această promisiune unilaterală prezintă un caracter sinalagmatic, care rezultă din următoarele două aspecte:

- în momentul în care se realizează opțiunea, beneficiarul va avea o datorie – prețul; deci el are pe baza promisiunii o creanță și o virtuală obligație;
- promisiunea de vânzare cuprinde, de regulă, obligația promitentului de a dispune de imobil pe durata termenului de opțiune (de a vinde sau nu).

5. Acceptarea ofertei

Acceptarea ofertei este tot un act unilateral de voință, la fel ca și oferta, care provine însă de la destinatarul ofertei.

Ca și oferta, acceptarea trebuie să îndeplinească anumite condiții:

- să fie clară (să exprime clar voința de a încheia contractul), pură și simplă;
- să fie liberă (neviciată);
- să fie expresă (scrisă sau verbală) sau tacită.

În primul rând, acceptarea trebuie să fie **clară**, deci că concorde cu oferta. Dacă acceptarea limitează, condiționează sau excede condițiile ofertei, se consideră că aceasta a fost refuzată și acceptarea poate fi considerată contraofertă. În acest caz acceptarea nu mai este pură și simplă.

În al doilea rând, acceptarea trebuie să fie **liberă**, neviciată; aceasta este o condiție necesară oricărui act juridic, fiind vorba despre o manifestare de voință făcută cu intenția producerii efectelor juridice.

În al treilea rând, dacă oferta este adresată unei persoane determinate, numai aceea poate accepta oferta; dacă este adresată publicului, este evident că se va încheia contractul cu prima persoană care a acceptat oferta.

Acceptarea ofertei trebuie să se facă înainte ca oferta să fi fost revocată sau să fi devenit caducă.

Acceptarea trebuie să aibă o formă expresă sau implicită; acceptarea este implicită atunci când ea nu face obiectul unei declarații speciale de voință, dar rezultă din situația de fapt (de exemplu, executarea de îndată a ofertei).

Cea mai interesantă problemă din punct de vedere juridic este valoarea tăcerii persoanei căreia i s-a adresat oferta. Principiul recunoscut atât de legislația noastră cât și de alte legislații de tradiție romanistă, este că acceptarea nu poate să rezulte din tăcere. Cu toate acestea, legiuitorul și practica judecătorească admit unele **excepții**:

- tacita reconducțiune (relocațiune), prevăzută de articolul 1437 Cod civil;
- părțile pot stabili anticipat ca simpla tăcere după primirea ofertei să aibă valoare de acceptare;
- în dreptul comercial, dacă între părți au existat relații anterioare de afaceri, se prezumă că, în cazul lansării unei oferte adresată aceluiași partener de afaceri, simpla tăcere a acestuia valorează o acceptare.

➡ **Momentul și locul încheierii contractului**

1. Momentul încheierii contractului

Momentul încheierii contractului este acela în care acceptarea întâlnește oferta.

Dacă părțile nu sunt prezente, contractul se încheie prin corespondență, motiv ce determină clarificarea momentului încheierii contractului, datorită existenței unui decalaj în timp între cele două laturi ale formării acordului de voință: oferta și acceptarea.

Întemeindu-se pe conținutul câtorva dispoziții legale care, direct sau indirect, marchează momentul întâlnirii acceptării cu oferta, în doctrina juridică au fost propuse mai multe sisteme, au fost expuse mai multe teorii:

▶ **sistemul emisiunii** (declarațiunii), conform căruia acordul de voință al părților se formează din momentul în care destinatarul ofertei și-a manifestat acordul cu privire la oferta primită, chiar dacă nu a expediat acceptarea ofertantului.

Teoria emisiunii a fost criticată în literatura juridică, motivându-se că, atât timp cât acceptarea nu a fost expediată ofertantului, aceasta poate fi revocată de acceptant.

▶ **teoria expedițiunii**, potrivit căreia contractul se consideră încheiat în momentul în care destinatarul ofertei a acceptat-o și a expediat răspunsul său afirmativ. Și această teorie este vulnerabilă pe considerentul că, până în momentul ajungerii la ofertant, acceptarea poate fi revocată și, ca atare, nu se poate cunoaște cu certitudine momentul încheierii contractului;

▶ **teoria recepțiunii**, potrivit căreia contractul se consideră încheiat în momentul în care acceptarea făcută de beneficiar a fost primită de către ofertant, chiar dacă acesta nu a luat cunoștință de conținutul ei;

▶ **teoria informațiunii**, regăsită în dispozițiile articolului 35 Cod comercial, conform căruia contractul se consideră încheiat „dacă acceptarea a ajuns la cunoștința propunitorului în termenul necesar schimbului propunerii și al acceptării după natura contractului”.

Considerăm că această teorie este mai aproape de stabilirea momentului încheierii contractului. Este firesc ca ofertantul să ia cunoștință despre conținutul acceptării căci – dacă aceasta cuprinde unele obiecții – ea reprezintă, de fapt, o contraofertă cu care, evident, ofertantul trebuie să fie de acord. Singura incertitudine rămâne cu privire la data când ofertantul a luat cunoștință efectiv despre acceptare.

În legătură cu oferta în care s-a prevăzut un termen de acceptare, se impun următoarele precizări: contractul se consideră încheiat numai dacă acceptarea a ajuns la ofertant înainte de expirarea termenului prevăzut în ofertă. Potrivit articolului 35, alin.2 Cod comercial, ofertantul poate primi ca bună și o acceptare ajunsă peste termen, cu condiția să încunoștiințeze de îndată pe acceptant despre aceasta.

Cunoașterea momentului încheierii contractului are importanță din următoarele considerente:

- în raport de acest moment se apreciază posibilitatea revocării ofertei sau dacă ea a devenit caducă;
- în cazul conflictelor de lege în timp, se va aplica legea existentă la momentul încheierii contractului;
- consimțământul și celelalte condiții de validitate se apreciază la momentul realizării acordului de voință și, în măsura în care acestea nu sunt respectate cauzele de nulitate se stabilesc în funcție de acest moment;
- efectele contractului se produc, de regulă, din momentul realizării acordului de voință, dacă nu există stipulație contrară. Așadar, în cazul contractelor translativ de drepturi reale, acestea se transmit (pentru bunurile individual determinate) din momentul încheierii contractului, cu excepția imobilelor (terenurilor) unde acordul de voință al părților trebuie să îmbrace forma autentică.

2. Determinarea locului plății

Potrivit articolului 59 Cod comercial, obligațiile comerciale trebuie executate:

- la locul expres menționat în contract;
- la locul rezultat din intenția părților;
- la locul în care, potrivit materiei contractului, apare firească executarea.

În cazul în care în contract nu s-a precizat în mod expres locul executării obligațiilor și acest lucru nu rezultă din natura operațiunii, executarea obligațiilor se va face la sediul, domiciliul sau reședința comerciantului debitor. De „*lege lata*” și în dreptul comercial, în cele din urmă plata este cherabilă. De „*lege ferenda*”, se impune regula ca plata să se facă la sediul, domiciliul sau reședința creditorului, deci să fie portabilă. Această regulă nu se aplică în materie de cambie, datorită existenței unor dispoziții cu caracter special.

3. Determinarea prețului

Potrivit dreptului civil, în cazul contractului de vânzare-cumpărare prețul trebuie să fie determinat de părți. Codul comercial, adaptând dispozițiile civile la traficul comercial, modificându-le chiar, permite ca prețul să fie stabilit ulterior, prezentând în contract o indicație abstractă și impersonală „prețul just” sau „prețul curent”, determinarea se va face în funcție de locul plății sau de cotele oficiale ale bursei (articolul 408 Cod comercial).

SECȚIUNEA 2

CONTRACTE COMERCIALE

Densitatea și complexitatea operațiilor pe care le implică afacerile și căutarea permanentă de noi forme și tehnici juridice mai eficiente se traduc printr-o diversitate de tipuri de contracte comerciale.

Contractul de vânzare-cumpărare este principalul instrument utilizat în practica comercială; contractele de intermediere (mandat, comision), contractele de finanțare a operațiilor comerciale sunt și ele operațiuni importante în desfășurarea activităților comerciale.

2.1. Contractul de vânzare-cumpărare

Vânzarea comercială, întocmai ca și cea civilă, „este contractul prin care vânzătorul se obligă să strămute proprietatea unui lucru și cumpărătorul să plătească prețul” (articolul 1298 Cod civil)

➤ Trăsături juridice:

- Vânzarea comercială este un contract consensual, sinalagmatic, cu titlu oneros, translativ de proprietate, cu executare dintr-o dată sau succesivă.

Deosebirea dintre vânzarea civilă și cea comercială constă în funcțiunea sa de comerț, act de intermediere. Așadar, ori de câte ori o vânzare, indiferent de obiect sau de subiect este precedată de o cumpărare făcută cu intenția de a revinde, vânzarea-cumpărarea devine comercială.

➤ Elemente esențiale ale vânzării-cumpărării comerciale

a) Consimțământul

Vânzarea-cumpărarea este un act consensual („*solo consensu*”) și se consideră încheiat în momentul realizării acordului de voință. Efectele principale ale acestui moment sunt:

- transferul dreptului de proprietate;
- riscul pieririi fortuite a bunului vândut.

Regula este tradițională dar trebuie adaptată celor două tipuri de vânzare, ale căror efecte sunt în mod substanțial diferite:

- vânzarea de bunuri certe, individual determinate, la care transferul dreptului de proprietate operează instantaneu, în momentul realizării acordului de voință, vânzare denumită și „reală”;
- vânzarea de bunuri de gen, consumptibile și fungibile, neindividualizate, la care transferul proprietății devine obiect al obligației vânzătorului, vânzare numită și „obligațională”.

b) Promisiunea de vânzare

Promisiunea unilaterală de vânzare sau de cumpărare cu specificarea lucrului, prețului și termenului este obligatorie și duce la perfectarea contractului, dacă a fost acceptată înăuntrul termenului arătat.

Poate exista și promisiune bilaterală de vânzare, adică acordul precontractual de a vinde și de a cumpăra.

c) Vânzări condiționate

⇒ Vânzarea pe gustate

Caracteristica acestui tip de vânzare sau de cumpărare este facultatea rezervată cumpărătorului de a-și exprima consimțământul său după ce va gusta marfa. Problema care se pune este aceea de a ști dacă gustarea este o condiție a vânzării, deoarece în acest caz ea apare ca o condiție pur potestativă, care este interzisă de lege.

Această condiție este însă prealabilă vânzării și se acceptă deoarece corespunde nevoilor comerțului și vânzătorul trebuie să se supună „legii” cumpărătorului.

⇒ Vânzarea după mostră

Această varietate de vânzare prezintă avantajul caracterului obiectiv al condiției față de vânzarea pe gustate, unde realizarea vânzării depinde de gustul cumpărătorului. Părțile au căzut de acord asupra calității mărfii, luând drept criteriu determinant o fracțiune dintr-o cantitate mai mare, cumpărătorul își rezervă dreptul de a cumpăra fracțiunea cu întreaga marfă care se cumpără. Cumpărătorul este îndreptățit să refuze marfa dacă aceasta nu corespunde mostrei.

⇒ Vânzarea pe încercate

Vânzarea este perfectată de la început, supusă însă condiției suspensive a încercării. Consimțământul cumpărătorului este determinat de o verificare, iar în caz de neînțelegere, verificarea se poate face în temeiul prevăzut de lege.

Dacă cumpărătorul nu efectuează verificarea, fiind în culpă, contractul se consideră desființat la împlinirea termenului, după o somație a vânzătorului.

Dacă bunul se află la cumpărător și nu se pronunță în termenul stabilit sau în urma somației, înseamnă că l-a acceptat tacit.

d) Obiectul contractului

Obiectul contractului de vânzare poate să constea în orice fel de bunuri: mobile, imobile, corporale, incorporale, mărfuri, titluri de credit (mărci de fabrică, brevete, invenții, creanțe etc.)

Vânzarea lucrului altuia – regula cunoscută în dreptul civil este aceea potrivit căreia „nimeni nu poate transmite altuia mai multe drepturi decât el însuși are” – este admisă în practica comercială.

Această regulă este totuși infirmată de codul comercial, întrucât comercialul, în calitate de mijlocitor al schimbului nu este obligat să posede întreaga cantitate de marfă pe care o vinde; în acest

caz însă este obligat să procure marfa în momentul vânzării și să predea cumpărătorului, sub sancțiunea de plată a daunelor-interese.

Dacă vânzătorul vinde lucrului altuia, vânzarea este validă și operează transferul proprietății pe ideea aparenței de drept, cu condiția ca vânzarea să se fi efectuat în cadrul comerțului obișnuit al vânzătorului.

Prețul reprezintă echivalentul lucrului, apreciat în mod obiectiv de ambele părți contractante. Prețul trebuie să fie determinat sau determinabil.

Determinarea prețului se face:

- prin referire la „prețul curent”, în funcție de prețurile practicate pe piață sau la bursă;
- printr-un arbitru care face o apreciere obiectivă a valorii obiectului vândut.

Vânzarea este valabilă chiar dacă prețul nu figurează în contract, dar s-a prevăzut posibilitatea stabilirii lui de către o terță persoană (arbitru).

➤ **Efectele contractului de vânzare-cumpărare**

a) Obligațiile vânzătorului

⇒ Transferul dreptului de proprietate

În mod normal proprietatea se transferă din momentul realizării acordului de voință, fie ulterior. Tot în aceste momente se transmite și riscul pieririi fortuite a bunului. Predarea este independentă de transferul proprietății.

⇒ Predarea lucrului

Ca și în dreptul civil, în dreptul comercial vânzătorului i se recunoaște dreptul de retenție asupra lucrului vândut, în caz de faliment sau de insolabilitate a cumpărătorului.

Cheltuielile de predare sunt în sarcina vânzătorului, iar cele de preluare în sarcina cumpărătorului, dacă nu există stipulație contrarie (articolul 1317 Cod civil).

Această regulă este adaptată circuitului comercial, în sensul că atunci când mărfurile urmează să fie expediate de la o piață la alta, cheltuielile de expediere sunt suportate de cumpărător, deși vânzătorul are obligația de a organiza această operațiune.

⇒ Garanția pentru evicțiune

Vânzătorul este obligat față de cumpărător să-l garanteze pentru pașnica și deplina folosință a lucrului, în așa fel încât acesta din urmă să nu se vadă tulburat prin faptul unui terț sau prin fapta proprie a vânzătorului care s-ar pretinde proprietar sau titularul unui alt drept real asupra bunului.

În materie comercială aplicarea acestei reguli este mult mai restrânsă decât în materie civilă, unde majoritatea vânzărilor au ca obiect lucruri certe. Cu toate acestea obligația vânzătorului de garanție pentru evicțiune este posibilă în privința cesiunii de titluri de credit și în general de drepturi corporale (spre exemplu, vânzarea fondului de comerț, a mărcii de fabrică, a brevetului de invenție etc.).

⇒ Garanția pentru vicii

Potrivit dispozițiilor Codului civil, vânzătorul este obligat să garanteze cumpărătorului că lucrul vândut nu este afectat de vicii, adică nu este alterat în substanța sa ori într-unul din elementele sale constitutive, în așa fel încât să fie imposibilă întrebuințarea sau chiar diminuată într-o oarecare măsură. Vânzătorul răspunde față de cumpărător atât pentru viciile aparente cât și pentru viciile ascunse.

Această garanție operează numai dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

- să fie vorba despre o vânzare de mărfuri;
- viciile aparente trebuie să fie observate de cumpărător în momentul cumpărării mărfii și cel mai târziu în termen de 48 de ore, dacă în contract nu s-a prevăzut altfel sau dacă există o cauză obiectivă de imposibilitate a invocării viciilor aparente (articolul 70 Cod civil);
- în cazul în care viciile ascunse există și au fost denunțate de către cumpărător, acesta are dreptul să exercite împotriva vânzătorului așa-zisa acțiune redhibitorie, adică să ceară rezoluțiunea contractului și restituirea prețului, cu sau fără daune-interese, după cum vânzătorul a fost de rea sau de bună credință, fie o diminuare a prețului vânzării în raport cu micșorarea valorii de întrebuințare a lucrului (acțiune *quantum minoris*).

Termenul de intentare a acțiunilor este prevăzut în articolul 5 din Decretul nr. 167/1958 referitor la prescripția extinctivă, potrivit căruia „dreptul la acțiunea privitoare la viciile ascunse ale unui lucru transmis ... se prescrie prin împlinirea unui termen de 6 luni, în cazul în care viciile nu au fost

ascunse cu viclenie”. Dacă viciile sunt ascunse cu viclenie de către vânzător (deci vânzătorul a fost de rea credință), acțiunile se prescriu în termenul general de prescripție extinctivă.

Termenele de prescripție încep să curgă de la data descoperirii viciilor, dar nu mai târziu de împlinirea unui termen de un an de la predarea lucrului de orice natură, cu excepția construcțiilor, unde termenul este de trei ani de la predare.

Termenul de un an și, respectiv, trei ani pentru descoperirea viciilor ascunse se aplică numai dacă legea specială sau părțile nu au stabilit alte termene de garanție atât pentru viciile ascunse cât și pentru cele aparente.

b) Obligațiile cumpărătorului

⇒ Plata prețului

Principala obligație a cumpărătorului constă în plata prețului. Potrivit Codului civil, **plata este cherabilă**, adică se face la domiciliul debitorului (cumpărătorului).

În materie comercială, **plata este portabilă**, adică urmează să se facă la domiciliul vânzătorului, afară de cazul în care plata se face odată cu predarea și se efectuează la locul și la data predării.

Cumpărătorul este îndreptățit să suspende plata prețului dacă este tulburat sau dacă are motive temeinice de a crede că există o stare tulbure cu privire la folosința pașnică a lucrului vândut.

Efectele suspendării pot fi înlăturare de vânzător dacă depune o cauțiune pe numele și la dispoziția cumpărătorului pentru asigurarea sa de daune în cazul în care se va produce tulburarea.

→ Primirea lucrului

Cumpărătorul este obligat să preia lucrul cumpărat la data și la locul convenit. Cheltuielile de predare sunt în sarcina vânzătorului, iar cele de preluare în sarcina cumpărătorului, dacă părțile nu dispun altfel (articolul 1317 Cod civil).

2.2. Contractul de mandat comercial

► Particularități

Potrivit articolului 374 Cod comercial, mandatul are ca obiect tratarea de afaceri comerciale pe seama și socoteala mandantului. În Codul comercial se precizează numai elementele mandatului, legiuitorul nedând o definiție clară. Pentru a ajunge la definiția mandatului comercial, trebuie avută în vedere definiția mandatului civil. Temeiul legal al contractului este art. 1532 și urm. Cod civil.

Mandatul este contractul în temeiul căruia o persoană (mandant) împuternicește altă persoană (mandatar) să încheie anumite acte juridice în numele și pe seama mandantului.

Mandatul este comercial dacă actele încheiate sunt acte comerciale; mandatul civil are ca obiect încheierea de acte civile.

Mandatul comercial prezintă următoarele caracteristici:

- are ca obiect, spre deosebire de mandatul civil, afaceri comerciale și nu se presupune a fi gratuit (sunt afaceri comerciale oricare dintre actele enumerate în articolul 3 Cod comercial, care sunt fapte de comerț pentru mandant);
- este un act cu titlu oneros, mandatarul fiind remunerat printr-o sumă fermă sau forfetară ori sub forma unui procent calculat la cifra de afaceri. Chiar dacă părțile nu au prevăzut în contract plata sau modalitățile de plată, mandantul datorează remunerație (art. 374 Cod comercial). În absența unei stipulații contractuale, remunerația este stabilită de instanța de judecată.

Mandatul comercial, fiind cu titlu oneros, nu poate fi revocat în mod unilateral.

- poate fi
 - cu reprezentare
 - fără reprezentare

aceasta nu de este esența mandatului, ci numai de natura lui.

- poate fi
 - general (pentru toate afacerile mandantului)
 - special (pentru o anumită afacere)

În cazul mandatului comercial se conferă mandatarului o mai mare libertate de acțiune și independență, potrivit dinamicii activității comerciale.

2. Condiții de validitate

→ Condiții de fond

Pentru a fi valabil încheiat, contractul de mandat comercial trebuie să respecte condițiile prevăzute de articolul 948 Cod civil: consimțământul, capacitatea părților, obiectul contractului și cauza.

a) Consimțământul părților

Fiind un contract consensual, contractul de mandat se consideră perfectat în momentul acordului de voință al mandatarului și mandantului.

Mandatul poate fi:

- expres
- tacit (acceptarea mandatului rezultă din executarea lui).

b) Capacitatea părților

Mandatul trebuie să aibă capacitatea de a încheia el însuși actele juridice care urmează să fie încheiate în numele său de către mandatar.

Mandatarul trebuie să aibă capacitatea de exercițiu pentru a fi în măsură să încheie acte juridice personal, în numele și pe seama altuia, fără însă ca legea să-i ceară și calitatea de comerciant.

Cât privește calitatea voinței, buna sau reaua-credință la încheierea actului juridic, modalitatea și locul încheierii actului juridic, se raportează la persoana reprezentantului mandatar și la terț.

c) Obiectul contractului

În articolul 374 Cod comercial se arată că obiectul mandatului comercial este „tratarea de afaceri comerciale”, deci obiectul contractului de mandat îl constituie faptele de comerț.

În afara condițiilor generale, comune tuturor contractelor (să fie determinat sau determinabil, să fie posibil, licit, în circuitul civil etc.), în privința obiectului mandatului se impun următoarele precizări:

- mandatul are ca obiect încheierea de acte juridice de către mandatar; dacă acesta îndeplinește și fapte materiale, ele vor avea un caracter accesoriu (de exemplu: preluarea bunului care urmează a fi vândut de către mandatar, în numele și pe seama mandantului);
- actele juridice cu caracter strict personal (de exemplu, testamentul) sau alte declarații strict personale nu pot fi încheiate prin mandatar.

d) Cauza (scopul) contractului de mandat

Cauza, ca element de validitate a contractului de mandat, trebuie să îndeplinească acele condiții comune tuturor acelor acte juridice: să fie reală, licită, morală și să nu contravină regulilor de conviețuire socială.

→ Forma contractului

Contractul de mandat se încheie prin simplul acord de voință al părților (*solo consensu*), având de regulă caracter consensual. Legea, respectiv Codul civil, nu impune o anumită formă, deoarece, potrivit articolului 1533 Cod civil, mandatul poate fi acordat în formă scrisă, verbală sau poate fi chiar tacit. Deoarece Codul comercial nu prevede reguli derogatorii de la dreptul comun înseamnă că în privința formei mandatului sunt aplicabile dispozițiile din Codul civil.

În practică, mandatul este exteriorizat, de regulă, printr-un înscris numit procură.

Procura are o dublă semnificație:

- Semnifică operațiunea juridică numită *negotium* prin care o persoană împuternicește pe altă persoană – mandatar, procurator – să încheie unul sau mai multe acte juridice în numele și pe seama

ei; din acest punct de vedere procura este un act juridic unilateral care urmează a fi acceptat de către mandatar prin executarea împuternicirii.

- Semnifică mijlocul juridic numit *instrumentum* care dovedește existența și, mai cu seamă, conținutul mandatului, categoriile de acte juridice care vor fi încheiate și limitele puterii conferite mandatarului.

Procura poate fi dată sub forma:

- înscrisului sub semnătură privată;
- înscrisului autentic.



Felurile mandatului

În funcție de întinderea puterilor conferite mandatarului, mandatul poate fi:

- **general**, în cazul în care mandatarul este împuternicit să încheie orice acte juridice (de exemplu, actele de administrare sau de conservare), cu excepția acelor pentru care legea impune existența unui mandat special (*procuratio omnium bonorum*);
- **special**, dacă mandatarul este împuternicit să încheie un anumit act juridic (*procuratio unicus res*) sau anumite operațiuni determinate (de exemplu, actele de dispoziție – încheierea unei tranzacții, semnarea actului constitutiv al unei societăți comerciale, ipotecarea unui imobil).

În cazul în care mandatul este redactat în termeni generali (de exemplu: „mandatul poate să îndeplinească acte juridice în numele și pe seama mandantului”), el va fi valabil pentru actele de administrare (de exemplu, încheierea unui contract de închiriere) și de conservare (de exemplu, întocmirea unei notificări adresate debitorului).

Dubla reprezentare (autocontractul)

În această situație mandatarul îl reprezintă atât pe mandant, cât și pe terță persoană.

⇒ Obligațiile mandatarului

1. să execute însărcinarea primită cu diligența unui bun comerciant, ca și cum ar fi afacerile sale
2. să arate terților împuternicirea sa (articolul 384 Cod comercial)
3. să încunoștiințeze fără întârziere pe mandant despre executarea mandatului
4. să păstreze destinația sumelor primite pe socoteala mandantului
5. este ținut să plătească dobânzi

⇒ Obligațiile mandantului

1. să pună la dispoziția mandatarului mijloacele necesare pentru executarea mandatului (articolul 385 Cod comercial)
2. este ținut de obligația de plată a remunerației convenite
3. să restituie cheltuielile făcute de mandatar pentru executarea mandatului

Mandantul are obligații și față de terțele persoane în baza actelor juridice încheiate de mandatar în limitele împuternicirii sale.

⇒ Răspunderea mandatarului față de mandant în cazul substituirii unei terțe persoane

Mandatarul va răspunde față de mandant numai în următoarele cazuri:

- a desemnat o altă persoană (substituit) pentru îndeplinirea mandatului fără să fi avut încuviințarea mandantului;
- a desemnat o persoană incapabilă (nedestoinică) a încheia actele juridice cerute de mandat sau în stare de insolvență notorie (articolul 1542 Cod civil).

În această situație mandatarul a avut dreptul de a se substitui, dar se face vinovat de alegerea nepotrivită a persoanei care îl substituie.

Există **pluralitate de mandatar** ori de câte ori prin același mandat (împuternicire) au fost desemnate mai multe persoane în această calitate; obligațiile acestora vor fi divizibile (conjuncte), cu excepția cazului când în contract s-a prevăzut solidaritatea acestora.



Privilegiul mandatarului

Mandatarul beneficiază de un privilegiu special (drept de retenție) pentru tot ce i se datorează din executarea mandatului (articolul 386 Cod comercial). Creanțele mandatarului au prioritate

față de oricare alte creanțe pe care le are față de mandant. Pentru a exercita acest privilegiu (garanție), mandatarul trebuie să notifice sumele datorate mandantului, cu somația de a plăti în 5 zile, cu precizarea că va trece la vânzarea bunurilor. Mandantul poate face opoziție (articolul 388 Cod comercial); dacă termenele de formulare a opoziției expiră, mandatarul poate trece la vânzarea bunurilor.



Încetarea contractului de mandat comercial

Contractul de mandat comercial încetează prin îndeplinirea funcției sale juridice. Există și situații de natură obiectivă sau subiectivă care duc la stingerea mandatului, respectiv:

- **revocarea mandatului** în cazuri bine justificate, știut fiind că mandatul comercial este, de regulă, cu titlu oneros.

Revocarea poate fi:

- ▶ **expresă** printr-o declarație făcută în acest sens și care trebuie să fie notificată (comunicată) terțelor persoane care, de bună credință, ar putea încheia acte juridice cu primul mandatar. În lipsa notificării, terții se pot apăra invocând aparența de drept în privința primului mandatar.
- ▶ **tacită**, adică poate fi dedusă din orice împrejurări care dovedesc voința mandantului de a revoca mandatul încredințat unei persoane; desemnarea unui nou mandatar pentru îndeplinirea aceleiași operațiuni înseamnă, tacit, revocarea mandatarului precedent.

În cazul în care mandatul este cu titlu oneros, mandatarul poate să-i solicite mandantului despăgubiri dacă revocarea sa este intempestivă sau abuzivă.

- **îndeplinirea termenului pentru care a fost încheiat contractul;**
- **renunțarea mandatarului** este cauză de stingere a mandatului civil;
- **moartea mandatarului sau a mandantului;**
- **incapacitatea, interdicția, falimentul uneia din părți.**

2.3. Contractul de comision

1. Definiție și particularități

„Comisionul este un contract având ca obiect tratarea de afaceri comerciale de către comisionar pe socoteala comitentului” (articolul 405 Cod comercial)

Contractul de comision, ca operație de sine stătătoare, se caracterizează prin faptul că intermediarul (comisionarul) are două categorii de obligații:

- obligații care izvorăsc din relațiile cu terții;
- obligații față de comitent.

În raporturile dintre comisionar și comitent se aplică regula mandatului. Deși de afacerea încheiată de comisionar profită comitentul, totuși acesta din urmă, neavând raporturi contractuale cu terții, nu poate fi obligat să execute îndatoririle asumate de comisionar.

Contractului de comision prezintă următoarele **caractere juridice**: este un contract bilateral, cu titlu oneros, el neputând fi revocat pe cale unilaterală.

Comisionarul este plătit pentru serviciile făcute comitentului cu o sumă de bani, numită comision, care se stabilește fie sub forma unei sume fixe, fie procentual, calculat la cifra de afaceri pe care o realizează comisionarul în raportul cu terții (comisionarul beneficiază, ca și mandatarul, de privilegiul special și de dreptul de retenție asupra bunurilor comitentului până la încasarea sumelor de bani ce i se cuvin).



Efectele contractului de comision



Obligațiile comisionarului

- a) **Comisionarul este obligat să respecte dispozițiile date de comitent, în limita puterilor conferite**

În articolul 406 Cod comercial se prevede: „Comisionarul este direct obligat către persoana cu care a contractat ca și cum afacerea ar fi a sa proprie”.

Pentru încheierea contractului între comisionar și terți nu se stabilesc raporturi juridice între comitent și terți, astfel încât acțiunile comisionarului către terți pot fi cedate comitentului. De regulă, comisionarul este răspunzător față de comitent pentru încheierea actelor juridice cu terții, nu și pentru executarea lor, afară de convenție contrară.

În mod excepțional în contractul de comision se poate stipula o obligație de garanție a executării contractului din partea comisionarului sub forma clauzei „*star del credere*” sau „*ducroir*”

(garanția solvabilității). Prin această clauză comisionarul se obligă să răspundă față de comitent pentru ipoteza în care terțul refuză să-și plătească obligațiile sau este insolubil.

În schimbul garanției executării obligației, comisionarul are dreptul la o remunerație deosebită, cu comision special pentru garanții sau „pentru credit”, denumită provizion sau proviziune.

Cât privește natura juridică a clauzei *star del credere*, aceasta este obiectul unei controverse juridice în doctrină. Fiind considerată clauză de asigurare pentru insolabilitate, este considerată **garanție de sine stătătoare sau cauțiune**.

b) Comisionarul nu poate face operațiuni de vânzare pe credit pe socoteala comitentului.

Această regulă se justifică prin existența limitelor împuternicirii date. Comitentul trebuie să aibă siguranța încheierii la termenul convenit sau convenabil, a tuturor afacerilor încheiate cu o altă persoană pe contul său.

Dacă nesocotește această regulă, riscurile de insolabilitate ale terțului vor fi suportate de comisionar.

c) Momentul transmiterii dreptului de proprietate asupra mărfurilor și obiectelor interesate de transfer

În cazul în care comisionarul vinde mărfuri predate de comitent, comisionarul devine proprietar asupra sumelor de bani încasate de la terț și rămâne obligat față de comitent, ca orice debitor.

d) Comisionarul este obligat să dea socoteală comitentului asupra îndeplinirii mandatului primit

Acesta trebuie să-l informeze pe comitent asupra tuturor împrejurărilor și operațiunilor de natură să modifice împuternicirea primită.

e) Comisionarul este ținut să-și îndeplinească obligațiile cu bună-credință și diligența unui profesionist

Comisionarul trebuie să depună o diligență sporită, cerută unui profesionist, acționând cu bună-credință.



Obligațiile comitentului

Comitentul are următoarele obligații:

a) să plătească comisionul cuvenit comisionarului;

Această obligație curge din momentul în care comisionarul a încheiat acte juridice cu terți, chiar dacă nu au fost executate încă obligațiile rezultate din actele juridice încheiate.

b) să restituie cheltuielile făcute de comisionar cu îndeplinirea însărcinării primite;

În cazul în care comisionarul a efectuat anumite cheltuieli pentru ducerea la îndeplinire a mandatului, comitentul trebuie să restituie aceste cheltuieli, pe baza unor dovezi, și să țină evidența lor în registrele contabile, separat pentru fiecare operațiune comercială.

♦ Încetarea contractului de comision

Efectele contractului de comision încetează în următoarele cazuri:

- revocarea împuternicirii de către comitent;
- renunțare la împuternicirea primită de către comisionar;
- moartea comitentului sau comisionarului;
- interdicția comitentului sau comisionarului;
- insolabilitatea sau falimentul părților (articolul 1552 Cod civil).

În aplicarea acestor cazuri de încetare a contractului de comision, trebuie să se țină seama de necesitatea asigurării securității raporturilor comerciale.

2.4. Contractul de consignatie



Noțiune

„**Contractul de consignatie** este convenția prin care una din părți, numită consignat, încredințează celeilalte părți, numită consignatar, mărfuri sau obiecte mobile spre a le vinde pe socoteala consignatului” (articolul 1 din Legea nr. 178/1934).

Așa cum rezultă din dispozițiile citate, contractul de consignație este o varietate a contractului de comision, cuprinzând însă și elemente ale altor tipuri de contracte (de exemplu, ale vânzării de mărfuri, ale depozitului).

Pentru serviciul său, consignatarul are dreptul la o remunerație sau numai la supraprețul obținut din vânzare. Vânzarea se face întotdeauna la un preț anticipat stabilit de consignat.

Consignatarul este obligat să remită consignatului suma de bani obținută ca preț al vânzării sau să restituie bunul în natură în cazul în care nu a fost vândut.

◆ **Caracterele juridice ale contractului de consignație**

Contractul de consignație are următoarele caractere juridice: este

- un contract bilateral (sinalagmatic);
- un contract cu titlu oneros;
- un contract consensual.

Contractul de consignație se încheie în formă scrisă; existența acestuia, precum și orice convenție privitoare la modificarea, transformarea sau desființarea lui, se pot dovedi numai prin înscris (*ad probationem*).

◆ **Efectele contractului de consignație**

Contractul de consignație dă naștere la anumite obligații între părțile contractante. Prin încheierea actelor de vânzare-cumpărare, se nasc anumite obligații între consignatar și terți.



Obligațiile consignatului

- a) Să predea consignatarului bunurile mobile care urmează să fie vândute**
- b) Să restituie cheltuielile făcute de consignatar cu ocazia îndeplinirii însărcinării primite**

Prin cheltuieli trebuie înțelese sume de bani pentru conservarea, desfacerea, depozitarea bunului predat în consignație, afară de stipulație contrară.

- c) Este obligat la plata unei remunerații**

În schimbul serviciilor prestate, consignatarul are dreptul la remunerație stabilită forfetar sau procentual; dacă nu s-a stabilit acest lucru, consignatului are dreptul la supraprețul ce se obține din vânzări.



Obligațiile consignatarului

- a) Să ia toate măsurile necesare pentru păstrarea și conservarea bunurilor primite**

În vederea identificării bunurilor date în consignație, acestea trebuie păstrate în ambalajele lor originale și conservate intacte etichetele, mărcile și orice alte semne exterioare așa cum au fost aplicate de consignat.

Consignatarul răspunde de orice lipsă, pierdere sau deteriorare provenite din culpa sa ori a agenților și prepușilor săi.

- b) Să asigure bunurile ce i-au fost încredințate la o societate acceptată de consignat**

Asigurarea se va face pentru o valoare cel puțin egală cu prețul bunurilor prevăzute în contract sau în notele și facturile care însoțesc bunurile, acoperindu-se astfel toate riscurile.

- c) Să execute mandatul dat de consignat**
- d) Să dea socoteală asupra îndeplinirii mandatului său**



◆ **Încetarea contractului de consignație**

Contractul de consignație încetează prin:

- revocarea de către consignat a împuternicirii;
- renunțarea la mandat;
- insolvabilitatea sau falimentul părților.

2.5. Contractul de report

◆ Noțiune

„**Contractul de report** constă în cumpărarea pe bani gata a unor titluri de credit, care circulă în comerț, și în revânzarea simultană cu termen și pe un preț determinat către aceeași persoană a unor titluri de aceeași specie” (articolul 74 Cod comercial).

Contractul de report este un act juridic complex care cuprinde o dublă vânzare:

- o vânzare ce se execută imediat;
- o a doua vânzare cu termen și la preț determinat.

În concepția Codului comercial, contractul de report este o faptă de comerț conexă (accesorie), dobândind comercialitate datorită obiectului, anume titlurile de credit.

În temeiul acestui contract, persoana deținătoare de titluri, denumită reportat, dă în report titlurile unei alte persoane, denumită reportator, în schimbul unei sume plătită imediat. La un anumit termen reportatorul revinde reportatului titluri de credit de aceeași specie (nu aceleași titluri pe care le-a dobândit), primind un preț determinat. Reportatorul primește de la reportat o remunerație, denumită preț de report sau premiu. Diferența dintre suma dată și cea încasată de reportator poartă denumirea de report.

◆ Condițiile contractului

Pentru încheierea unui contract de report trebuie îndeplinite următoarele condiții:

- să existe un acord de voință între reportat și reportator;
- acordul de voință privind vânzarea să fie simultan;
- vânzarea să aibă ca obiect titluri de credit care circulă în comerț.

În doctrina dreptului comercial se discută dacă în contractul de report avem un singur preț sau două prețuri. Din dispozițiile articolului 74 Cod comercial rezultă că există două prețuri. Prețul inițial, plătit de reportator reportatului și prețul plătit la scadență de reportat reportatorului. Majoritatea autorilor consideră că există un singur preț, acela convenit de părți și plătit la scadență.

◆ Efectele contractului de report

Aceste efecte privesc transferul dreptului de proprietate asupra titlurilor de credit și fructele civile ale acestora.

Contractul de report este un contract translativ de proprietate; dreptul asupra obiectului contractului de report se transferă de la vânzător la cumpărător. În esență, în privința transferului sunt aplicate dispozițiile dreptului comun.

În cursul duratei contractului, titlurile de credit pot produce anumite fructe civile (dividende, dobânzi etc.). Aceste fructe se cuvin reportatorului care culege fructele. Părțile pot stabili ca fructele produse de titlurile de credit să revină reportatului (articolul 74 Cod comercial),

◆ Încetarea contractului de report

Contractul încetează, ca urmare a producerii efectelor sale, la termenul stabilit de părți.

Potrivit legii, la împlinirea termenului părțile pot prelungi contractul, cu obligația de a păstra condițiile inițiale.

În cazul reînnoirii contractului între părți se lichidează diferențele și rămân la reportator titlurile în vederea unei noi lichidări la o nouă scadență.

Contractul de report poate fi:

- **prorogat** (prorogarea este acțiunea juridică prin care se amână scadența revânzării pe unul sau mai multe termene; prețul de revânzare rămâne neschimbat);
- **reînnoit** (reînnoirea intervine la expirarea reportului și are ca obiect titluri care diferă prin conținut sau specie, presupunând o predare efectivă a titlurilor; este o novațiune prin schimbarea obiectului contractului);
- **supus deportului** (deportul este operațiunea inversă reportului și intervine pentru satisfacerea nevoilor de titluri de credit ale unei persoane pentru un timp; de exemplu, satisfacerea nevoilor unei persoane de a realiza un anumit stoc de acțiuni în vederea exercitării dreptului de opinie la o nouă emisiune sau pentru a obține majoritatea de voturi în adunarea generală a acționarilor).

2.6. Contractul de cont curent

◆ Noțiunea contractului de cont curent

Prin contractul de cont curent, părțile se înțeleg ca în loc să achite separat și imediat creanțele lor reciproce izvorâte din prestațiile făcute de una către cealaltă, lichidarea să se facă la un anumit termen, prin achitarea soldului de către partea care va fi debitoare.

În raporturile ce decurg din contractul de cont curent, nici una dintre părțile contractante nu se desemnează de la început ca și creditor sau ca debitor exclusiv și nici nu se comportă ca atare în decursul executării contractului. Această situațiune încetează numai la încheierea contului, operațiunea finală care diferențiază pe creditor de debitor, făcând ca cele două mase omogene de credit și debit să se compenseze și să dea loc la soldul creditor, pentru care se poate intenta acțiune în justiție.

Părțile între care se încheie contractul de cont curent poartă denumirea de **corentist**. Prestațiile pe care și le fac se numesc remise sau **rimese**. Ele constau în operațiuni prin care o parte pune la dispoziția celeilalte părți o valoare patrimonială de orice fel, urmând ca suma cuvenită să fie depusă în cont curent.

În consecință, **rimesa** poate consta: într-o sumă de bani efectiv plătită; orice titlu de credit emis (cambie, bilet la ordin, CEC, ordin de plată etc.) și orice credit concedat (de exemplu, prețul datorat ca urmare a unei vânzări de mărfuri).

Rimesele sunt facultative. Un corentist nu poate obliga pe celălalt să-i facă rimese, dar este firesc ca rimesele reciproce să existe deoarece, contractul de cont curent nu este un contract de împrumut (propriu-zis) ci un contract de rezultat, accesoriu, conex cu unul sau mai multe acte obiective de comerț.

Contractul de cont curent se poate încheia între:

- ☐ un comerciant angrosist și unul detailist pentru toată seria continuă de vânzări comerciale intervenite între ei;
- ☐ între un comerciant și un comisionar;
- ☐ între un comerciant și reprezentantul său etc.

Forma cea mai uzuală a contractului de cont curent este aceea **bancară**, adică a contractului încheiat între o bancă (instituția de credit) și un client al său în scopul de a facilita circulația și fructificarea banilor. Banca poate interveni și ca simplu intermediar între doi comercianți care convin să-și lichideze operațiunile prin înregistrări în conturile ce le au deschise la aceeași bancă sau la bănci diferite.

Deși contractul de cont curent se consideră încheiat din momentul realizării acordului de voință totuși, executarea acestui contract este evidențiată prin înregistrarea contabilă a remiterii în cont și stabilirea soldului.

În cuprinsul articolului 3 al Codului comercial, contractul curent nu este enumerat printre actele de comerț obiective, fiindu-i consacrate însă art. 370-373.

Prin aplicarea dispozițiilor art. 4 din Codul comercial el poate fi considerat un **act de comerț subiectiv**.

Potrivit art.6 alin. 2 C.com., **contul curent este o faptă de comerț dacă are o cauză comercială**. Relația de cont curent poate fi stabilită și între un comerciant și un necomerciant și chiar între doi necomercianți pentru afaceri civile.

Închiderea contului curent va avea loc la scadența termenelor stabilite prin contractul de cont curent și, în absența stipulării unui asemenea termen, la data de 31 decembrie a fiecărui an, iar dobânda va curge de la data închiderii.

◆ Caracterele juridice ale contractului de cont curent

Contractul de cont curent prezintă următoarele caractere:

- ☐ este un **contract bilateral**;
- ☐ un **contract „intuitu personae”**;
- ☐ un **contract consensual**;
- ☐ un **contract cu titlu oneros**;
- ☐ un **contract cu executare succesivă**;
- ☐ un **contract accesoriu**;
- ☐ un **contract „intuitu personae”**.

◆ Efectele contractului de cont curent

Contractul de cont curent produce anumite efecte juridice. Unele sunt considerate principale (esențiale), iar altele secundare.

Efectele principale privesc transferul dreptului de proprietate, novația, indivizibilitatea și compensația (art. 370 C.com.).

Efectele secundare se referă la curgerea dobânzilor, dreptul la comision și alte cheltuieli.

◆ **Efectele principale**

Ca efect principal va opera **transmiterea dreptului de proprietate** având valoarea respectivă între transmitător și primitor.

Prin efectuarea operațiunilor în cont de creditare a transmitătorului și respectiv de debitor a primitorului, cu valoarea remisă, primitorul devine titularul dreptului de proprietate asupra valorii în cauză.

◆ **Transferul dreptului de proprietate**

Orice valoare remisă de la o parte contractuală la cealaltă, face să opereze prin faptul înscrierii sale în contul curent, transferul dreptului de proprietate în favoarea **cocorentistului** care a primit-o adică al celui care a făcut înscrierea privind debitul său (art. 370 C.com.). Însă, este posibil să existe depuneri care să nu fi fost făcute cu scopul transferului dreptului de proprietate (de exemplu, remise numai cu mandat de încasare). Dar, și în acest caz, în orice moment și concomitent se poate restabili echilibrul valorii remise și primite.

În toate situațiile efectului translativ de proprietate a rimesei efectuate îi corespunde în mod necesar și stimulativ o constituire de credit în favoarea remitentului.

În ipoteza în care depunerile constau în titluri de credit, cambii, efecte de comerț, cecuri etc., înscrierea în cont curent și deci transmiterea dreptului de proprietate se face sub **condiția rezolutorie** a încasării contravalorii titlului. Legea prezumă că înscrierea este făcută „sub rezerva încasării”. Neîndeplinirea condiției, adică neplata la scadență a cambiei sau a titlurilor de credit de către emitent sau alt subscriitor dă locul la **acțiune în justiție** în vederea executării silite a debitorului cambial sau a subscriitorului titlului de credit.

◆ **Novațiunea**

Alt efect al contractului de cont este novația adică, transformarea cauzei inițiale a rimesei într-o cauză nouă, contractuală derivată din contractul de cont din contul curent.

Obligația inițială se stinge și în locul ei se nasc obligațiile care izvorăsc din contul curent (art. 1128 Cod civil). Potrivit contractului inițial cel care primit marfa datora prețul. Acest preț a fost trecut în cont ca o creanță a celui care a transmis marfa așa încât obligația inițială de plată a prețului a fost înlocuită cu o nouă obligație care apare în cont, sub formă de credit și debit (art. 370 pct. 1 C.com.). Astfel, dispărând obligația inițială înseamnă că, automat, se sting și accesoriile acesteia cum ar fi: gajul, ipoteca, privilegiile etc.

Dacă obligațiile inițiale s-au înfățișat sub forme diferite: vânzarea-cumpărarea, mandat, asigurare, transport etc., acestea dobândesc o unică formă, de simple credite și debite în contul curent.

◆ **Indivizibilitatea**

În momentul în care o rimesă a fost trecută în cont curent ea se confundă cu toate celelalte efectuate anterior și cu cele viitoare formând un tot unitar de natură indivizibilă pentru a fi soldat la încheierea contului curent,

O operațiune izolată care se efectuează nu are caracterul unei plăți din momentul înscrierii ei în contul curent.

◆ **Compensarea reciprocă a creditelor și debitelor**

Un alt efect specific contractului de cont curent este compensarea reciprocă a debitelor și creditelor până la concurența creditorului debitului final rezultat la încheierea contului curent. Numai la data încheierii contului curent are loc efectul compensatoriu al celor două mase de credit și debit.

◆ **Efectele secundare (accesorii)**

Contractul de cont curent produce efecte în privința dobânzilor (art. 370 pct. 3 C.com), dacă părțile nu s-au învoit altfel, dobânzile vor fi comerciale.

◆ Dreptul de comision și alte cheltuieli

Potrivit art. 371 Cod comercial „existența contului curent nu exclude drepturile de comision și plata cheltuielilor pentru afacerile însemnate în contul bancar”.

Dreptul de comision se poate referi la comisionul băncii sau, după caz, la comisionul celui alt comerciant.

În ce privește dreptul băncii la comision, el se justifică prin prestația de servicii pe care o efectuează clientul, și generează dobânzi.

Partea care a făcut anumite cheltuieli pentru operațiune trecută în cont, de exemplu, cheltuieli cu poșta, vamă etc. are dreptul să i se crediteze încât aceste prestații vor genera și ele dobânzi din ziua înscrierii în cont.

◆ Înscrierea contului curent

Pentru înțelegerea sensului juridic al operațiunii de încheiere a contului curent, trebuie să se distingă două situații:

- când încheierea contului curent este definitivă, caz în care aceasta coincide cu încetarea sau desființarea contractului;
- când încheierea contului curent este periodică, anuală, fie trimestrială (convențională).

În ambele situații se produce compensarea maselor indivizibile de credit și debit și stabilirea unui sold final, creditor în favoarea unui coțentist și debitor în sarcina celui alt.

◆ Desființarea contului curent

Contractul de cont curent este un contract „*intuitu personae*” așa încât se desființează prin **moartea, incapacitatea sau falimentul uneia dintre părți**.

Contractul se poate desființa și **pe cale convențională**, când părțile au stabilit un termen prin convenția lor sau chiar până la împlinirea termenului, dacă convin astfel.

Dacă nu s-a prevăzut un termen, contractul se desființează de drept în caz de **faliment**, datorită existenței efectelor patrimoniale ale falimentului: ajungerea la scadență a tuturor creanțelor; desesizarea falimentară, nulitatea de drept a actelor posteroare sentinței declarative de faliment etc.

2.7. Contractul de franciză

◆ Definiție

Contractul de franciză a apărut în SUA odată cu legislația antitrust prin care s-a interzis desfacerea produselor de către producător. Datorită dinamismului și rentabilității sale a devenit o formă de cooperare comercială; fiind o varietate recentă și răspândită a contractului de concesiune, franciza constituie o metodă modernă de afaceri, bazată pe colaborarea permanentă între parteneri.

În sistemul de drept comercial românesc franciza a fost definită legal prin articolul 1 din Ordonanța Guvernului nr. 52/1997, modificată și completată prin Legea nr. 79/1998, republicată în M. Of. Nr. 180 din 14 mai 1998:

„**Franciza** este un sistem de comercializare bazat pe o colaborare continuă între persoane fizice sau juridice, independente din punct de vedere financiar, prin care o persoană, denumită francizor, acordă altei persoane, denumită beneficiar, dreptul de a exploata sau a dezvolta o afacere, un produs, o tehnologie sau un serviciu”.

Această definiție este deficitară sub mai multe aspecte:

- ◆ nu sunt definite elementele esențiale ale francizei, ca de exemplu: know-how-ul, asistența comercială și tehnică, folosința de către beneficiar a însemnelor atragerii clientelei (marcă, renume) ale francizorului;
- ◆ legiuitorul a introdus o parte din elementele definitorii ale francizei în definițiile date partenerilor contractuali și în obligațiile părților;
- ◆ se lasă loc la interpretări ale unei serii de alte contracte din gama contractelor de distribuție, licențe și cesiuni.

În doctrina juridică, franciza s-a definit în diverse moduri:

- **Contractul de franchising** (termen englez) constă în acordarea de către comerciantul producător, numit franchiser, a dreptului de a beneficia de un sistem de relații care conține marca, renumele,

know-how-ul și asistența unui comerciant, persoană fizică sau juridică, numită franchisee, în schimbul unui preț constând într-o sumă de bani inițială și o redevență periodică, numită franchise-fee.

- **În sistemul american**, franciza este o convenție care oferă unei părți dreptul de a distribui, de a vinde, de a furniza bunuri și servicii sau facilități într-o zonă determinată.
- **Un autor francez** conchide plastic: „A franciza înseamnă a transmite altora cum să reușească cum noi am reușit, a reitera o reușită”.

◆ **Caracterele contractului de franciză**

Contractul de franciză este un contract

- bilateral
- consensual
- cu titlu oneros

➤ **Francizorul** este un comerciant care:

- este titularul drepturilor asupra unei mărci înregistrate; drepturile trebuie să fie exercitate pe o durată cel puțin egală cu durata contractului de franciză;
- conferă dreptul de a exploata ori de a dezvolta o afacere, un produs, o tehnologie sau un serviciu;
- asigură beneficiarului o pregătire inițială pentru exploatarea mărcii înregistrate;
- utilizează personal și mijloacele financiare pentru promovarea mărcii sale, a cercetării și inovației, asigurând dezvoltarea și viabilitatea produsul.

➤ **Beneficiarul** este un comerciant, persoană fizică sau juridică, selecționat de francizor, care aderă la principiul omogenității rețelei de franciză așa cum este ea definită de francizor.

➤ **Rețeaua de franciză** cuprinde un ansamblu de raporturi contractuale între francizor și mai mulți beneficiari, în scopul promovării unei tehnologii, unui produs sau serviciu, precum și pentru dezvoltarea producției și distribuției unui produs sau serviciu.

➤ **Know-how-ul** este ansamblul formulelor, definițiilor tehnice, documentelor desenate și modelelor, rețelelor, procedeele și altor elemente analoage care servesc la fabricarea și comercializarea unui produs.

Încheierea contractului de franciză este precedată de o fază precontractuală, care are ca scop să permită fiecărei părți să-și confirme decizia de a colabora. Francizorul furnizează viitorului beneficiar informații care-i permit acestuia să participe, în deplină cunoștință de cauză, la derularea contractului de franciză.

Legiuitorul a prevăzut obligativitatea ca în contractul de franciză să fie introduse următoarele **clauze**:

- obiectul contractului;
- drepturile și obligațiile părților;
- condițiile financiare;
- durata contractului;
- condiții de modificare, prelungire, reziliere.

Contractul de franciză va respecta obligatoriu următoarele **principii**:

- ☑ termenul va fi fixat astfel încât să permită beneficiarului amortizarea investițiilor;
- ☑ francizorul va înștiința pe beneficiar, cu un preaviz suficient de mare, asupra intenției de a nu mai reînnoi contractul la data expirării sau de nu semna un contract nou;
- ☑ în cadrul clauzelor de reziliere se vor stabili circumstanțele care pot determina o reziliere fără preaviz;
- ☑ condițiile în care va putea să opereze cesiunea drepturilor decurgând din contract, în special condiții de desemnare a unui succesor;
- ☑ dreptul de preemțiune va fi prevăzut, dacă interesul menținerii sau dezvoltării rețelei de franciză necesită recunoașterea acestui drept;
- ☑ clauzele de non-concurență vor fi cuprinse în contract pentru protejarea know-how-ului;
- ☑ obligațiile financiare ale beneficiarului vor fi precizate cu claritate, astfel încât să favorizeze obiective comune.

Francizorul controlează respectarea tuturor elementelor constitutive ale imaginii mărcii; marca francizorului constituie garanția calității produsului, serviciului, tehnologiei furnizate consumatorului, garanție asigurată prin transmiterea și prin controlul respectării know-how-ului, furnizarea unei game omogene de produse și/sau servicii și/sau tehnologie.

◆ Efectele contractului de franciză

Francizorul se obligă să furnizeze informații despre:

1. experiența dobândită și transferabilă;
2. condițiile financiare ale contractului, respectiv redevența inițială sau taxa de intrare în rețea, redevențe periodice, de publicitate, determinarea tarifelor privind prestările de servicii și tehnologii, în cazul clauzei tarifelor privind prestări de servicii și tehnologii, în cazul clauzei obligațiilor contractuale de cumpărare;
3. elemente care permit beneficiarului să facă un calcul al rezultatului previzionat și să-și întocmească planul financiar;
4. obiectivele și aria exclusivității acordate;
5. durata contractului, condițiile reînnoirii, rezilierii, cesiunii.

Francizorul trebuie să îndeplinească următoarele cerințe:

1. să dețină și să exploateze o activitate comercială pe o anumită perioadă, anterior lansării rețelei de franciză;
2. să fie titularul drepturilor de proprietate intelectuală și/sau industrială;
3. să asigure beneficiarilor săi o pregătire inițială și asistență comercială și/sau tehnică permanentă pe toată durata existenței drepturilor contractuale.

Francizorul va notifica în scris beneficiarului orice încălcare a obligațiilor contractuale și-i va acorda un termen rezonabil de remediere.

Francizorul se asigură că beneficiarul, printr-o publicitate adecvată, face cunoscut că este o persoană independentă din punct de vedere financiar în raport cu francizorul sau cu alte persoane.

Beneficiarul trebuie să îndeplinească următoarele cerințe:

1. să dezvolte rețeaua de franciză și să mențină identitatea sa comună, precum și reputația acesteia;
2. să furnizeze francizorului orice informație de natură a facilita cunoașterea și analiza performanțelor și a situației reale financiare, pentru a asigura o gestiune eficientă în legătură cu franciza;
3. să nu divulge la terțe persoane know-how-ul furnizat de către francizor, atât pe durata contractului cât și ulterior.

Beneficiarului i se va impune de către francizor respectarea unor obligații ferme de protejare a caracterului confidențial al afacerii, în special neutralizarea know-how-ului de către o rețea concurentă.

Publicitatea pentru selecționarea beneficiarilor trebuie să fie lipsită de ambiguitate și să nu conțină informații eronate.

Încetarea contractului de franciză poate interveni prin rezilierea contractului; relațiile postcontractuale se vor baza pe regulile unei concurențe loiale.

◆ Contractul de exclusivitate

În cazul unui contract de exclusivitate propus de francizor, vor fi respectate următoarele reguli:

- dacă este încasată o taxă de intrare în rețeaua de franciză la semnarea contractului de franciză, suma privind drepturile de exclusivitate, prevăzută în contract, este proporțională cu taxa de intrare și se adaugă acesteia;
- în lipsa taxei de intrare, modalitățile de rambursare a taxei de exclusivitate sunt precizate în cazul rezilierii contractului de franciză;
- taxa de exclusivitate poate fi destinată pentru a acoperi o parte a cheltuielilor necesare implementării francizei și/sau pentru a delimita zona și/sau pentru know-how-ul transmis;
- contractul de exclusivitate trebuie să prevadă o clauză de reziliere, convenabilă ambelor părți;
- durata contractului este determinată în funcție de caracteristicile proprii fiecărei francize.

◆ Avantajele contractului de franciză

Această formă de contractare, care se bucură de o suplețe deosebită, s-a dovedit a fi un instrument economic eficient, cu o rentabilitate uluitoare, deoarece reușește să atragă în circuit potențiale forțe economice care poate altfel nu ar fi rentabilizate optim, în afara încadrării lor în disciplina contractului de franciză.

❖ Operațiunile de leasing

Operațiunile de leasing, în conformitate cu prevederile Ordonanței guvernului nr.51/1997, republicată, sunt acele operațiuni prin care o parte, denumită **locator/finanțator**, transmite pentru o perioadă determinată dreptul de folosință asupra unui bun al cărui proprietar este, celeilalte părți, denumită **utilizator**, la solicitarea acestuia, contra unei plăți periodice, denumită **rată de leasing**.

Astfel, se observă că termenul folosit anterior (locator) este înlocuit cu un termen mult mai clar, și anume finanțator, eliminându-se mențiunea eronată a dreptului de posesie al utilizatorului, păstrându-se corect numai titlul de folosință.

Prin **rată de leasing** se înțelege:

- ❑ în cazul leasingului financiar, cota parte din valoarea de intrare a bunului și a dobânzii de leasing.

Dobânda de leasing reprezintă rata medie a dobânzii bancare pe piața românească.

- ❑ în cazul leasingului operațional, cota de amortizare, calculată în conformitate cu actele normative în vigoare și un beneficiu stabilit de către părțile contractante.

La sfârșitul perioadei de leasing locatorul/finanțatorul se obligă să respecte dreptul de opțiune al utilizatorului de a cumpăra bunul, de a prelungi contractul de leasing ori de a înceta raporturile contractuale.

Bunurile ce fac obiectul operațiunilor de leasing nu mai sunt enumerate, determinându-se clasa largă în care acestea fac parte, precum și excepțiile.

Nu sunt excluse bunurile care ar putea face obiectul unei concesiuni.

➤ În ceea ce privește noțiunea de **leasing financiar** aceasta reprezintă operațiunea de leasing care îndeplinește una sau mai multe din următoarele condiții:

- riscurile și beneficiile aferente dreptului de proprietate trec asupra utilizatorului din momentul încheierii contractului de leasing;
- părțile au prevăzut expres că la expirarea contractului de leasing se transferă utilizatorului dreptul de proprietate asupra bunului,
- utilizatorul poate opta pentru cumpărarea bunului, iar prețul de cumpărare va reprezenta cel mult 50% din valoarea de intrare (piața) pe care acesta o are la data la care opțiunea poate fi exprimată;
- perioada de folosire a bunului în sistem de leasing acoperă cel puțin 75% din durata normală de utilizare a bunului, chiar dacă, în final, dreptul de proprietate nu este transferat.

Condițiile leasingului financiar nu sunt cumulative. Ne aflăm în fața unei astfel de operațiuni dacă este îndeplinită cel puțin una din condițiile mai sus arătate.

În reglementarea anterioară, dacă utilizatorul opta pentru cumpărarea bunului trebuia să plătească un preț rezidual, ținându-se cont de vărsămintele efectuate pe durata folosinței bunului, cu titlu de redevență.

În redactarea actuală a textului, prețul de cumpărare trebuie să reprezinte cel mult 50% din valoarea de intrare pe care acesta o are la data la care opțiunea poate fi exprimată.

➤ **Leasingul operațional** reprezintă operațiunea de leasing care nu îndeplinește nici una dintre condițiile leasingului financiar.

Se poate concluziona că leasingul operațional este o excepție a leasingului financiar.

În ce privește calitatea de **finanțator**, aceasta poate fi o societate de leasing, persoană juridică română sau străină.

Nici în ceea ce privește **utilizatorul** legea nu dă o anumită calificare, existând posibilitatea ca utilizator să fie atât o persoană fizică, română sau străină, cât și o persoană juridică, indiferent de naționalitatea acesteia.

În înțelesul prezentei legi, prin **valoare de intrare** se înțelege valoarea la care a fost achiziționat bunul de către finanțator, respectiv costul de achiziție.

Valoarea totală reprezintă valoarea totală a ratelor de leasing la care se adaugă valoarea reziduală.

Valoarea reziduală reprezintă valoarea la care, la expirarea contractului de leasing, se face transferul dreptului de proprietate asupra bunului către utilizator.

❖ Contractul de leasing

Leasingul este la acest moment, pe plan internațional, unul dintre cele mai răspândite mijloace de realizare a finanțărilor.

Problema esențială pe care o ridică noțiunea de contract de leasing o reprezintă existența sau inexistența unui asemenea contract. Se pune întrebarea: este leasingul un contract sau o operațiune formată dintr-un complex de contracte?

Deși se aseamănă cu contractele de închiriere, vânzare în rate și cu cele de locație viageră, leasingul, ca natură juridică, este o modalitate contractuală de finanțare la termen. Leasing-ul era, până nu demult, un contract întâlnit mai cu seamă în legislația comercială internațională, fiind impus însă de noile realități economice pe plan național, ca **un adevărat contract complex** având următoarele **caracteristici**:

1. **un contract de vânzare-cumpărare**, prin care se achiziționează bunul solicitat de utilizator;
2. **un contract de mandat**, prin care sunt stabilite elementele vânzării și, în același timp, se realizează operațiunile tehnice, dar și formalitățile administrative necesare;
3. **un contract de locație**, a cărui durată și rate sunt determinate din cota parte din valoarea de intrare a bunului și a dobânzii de leasing în cazul leasingului financiar și din cota de amortizare calculată în conformitate cu actele normative în vigoare și un beneficiu stabilit de către părțile contractante, în cazul leasingului operațional;
4. o promisiune unilaterală de vânzare în favoarea cumpărătorului utilizator.

Se poate concluziona astfel că leasing-ul este un contract propriu de finanțare, fiind o fuziune de tehnici juridice. Ca urmare, finanțatorul nu poate fi confundat cu un simplu locator, așa cum se desprindea din redactarea inițială a Ordonanței Guvernului nr. 51/1997.

Atunci când ne referim la totalitatea raporturilor tripartite implicate, (furnizor, finanțator, utilizator), ne aflăm în fața operațiunilor de leasing, conform accepțiunii date, iar atunci când ne referim la actul încheiat între finanțator și utilizator, vom folosi noțiunea de „contract de leasing”.

❑ **Trăsăturile juridice** ale contractului de leasing sunt:

- este un act juridic bilateral;
- este un contract sinalagmatic;
- este un contract cu titlu oneros și conținut patrimonial;
- este un contract cu executare succesivă;
- este un contract *intuitu personae* în ceea ce-l privește pe utilizator;
- este consensual.

Simpla manifestare de voință a părților este suficientă pentru realizarea acordului în mod valabil. Încheierea contractului de leasing în forma autentică sau prin act scris și realizarea procedurilor de publicitate nu reprezintă condiții de valabilitate, forma scrisă având doar valoare probatorie și legată de opozabilitate.

Legea face distincție între **leasing general** și **leasing financiar**, distincția vizând elementele minime ale contractului.

Contractul de leasing se redactează astfel:

- cu arătarea părților participante la încheierea contractului (locator/finanțator și utilizator);
- descrierea exactă a bunului care face obiectul contractului de leasing;
- valoarea totală a contractului de leasing;
- perioada de utilizare în sistem leasing a bunului;
- clauza privind obligația asigurării bunului.

Pe lângă aceste elemente, în momentul încheierii unui contract de leasing financiar se arată valoarea inițială a bunului și trebuie cuprinsă clauza privind dreptul de opțiune al utilizatorului cu privire la cumpărarea bunului și la condițiile în care acesta poate fi exercitat.

Elementele arătate în textul de lege nu sunt limitative: părțile pot conveni și asupra altor clauze în momentul încheierii contractului.

Un contract de leasing nu poate fi încheiat pe o durată mai mică de un an și reprezintă un titlu executoriu în condițiile în care utilizatorul nu predă bunul la sfârșitul perioadei de leasing (în măsura în care nu a formulat opțiunea preluării bunului sau prelungirii contractului) și în cazul rezilierii contractului din vina exclusivă a utilizatorului.

❖ Părțile contractului

Spre deosebire de complexa operațiune de leasing care este bazată pe o relație trilaterală (furnizor-finanțator, utilizator), contractul de leasing se încheie între două părți: locatorul-finanțator și utilizatorul (potrivit Legii nr. 99/1999 care modifică și completează Ordonanța Guvernului nr. 51/1997).

➡ **Drepturile și obligațiile finanțatorului** (conform Ordonanței Guvernului nr. 51/1997, republicată).

drepturi:

- dacă utilizatorul se află în reorganizare judiciară și/sau faliment (potrivit dispozițiilor Legii nr. 64/1995, cu modificările ulterioare), drepturile reale ale finanțatorului asupra bunului utilizat în baza unui contract de leasing sunt opozabile judecătorului sindic;
- dacă utilizatorul se află în dizolvare și/sau lichidare, dispozițiile alineatului precedent se aplică și lichidatorului numit potrivit Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată.

obligații:

- să respecte dreptul utilizatorului de a alege furnizorul potrivit necesităților;
- să încheie contracte de vânzare-cumpărare cu furnizorul desemnat de utilizator, în condițiile expres formulate de acesta;
- să încheie contract de leasing cu utilizatorul și să transmită acestuia, în temeiul contractului de leasing, toate drepturile derivând din contractul de vânzare-cumpărare, cu excepția dreptului de dispoziție;
- să respecte dreptul de opțiune al utilizatorului (posibilitatea de a opta pentru prelungirea contractului, pentru achiziționarea sau restituirea bunului);
- să îi garanteze utilizatorului folosința liniștită a bunului, în condițiile în care acesta a respectat toate clauzele contractuale;
- să asigure, printr-o societate de asigurare, bunurile oferite în leasing.

➡ **Drepturile și obligațiile beneficiarului**

drepturi:

- în cazul reclamațiilor privind livrarea, calitatea, asistența tehnică, service-ul necesar în perioada de garanție și postgaranție, utilizatorul are drept de acțiune asupra furnizorului;
- de a exercita acțiunile posesorii față de terți.

obligații:

- să recepționeze și să primească bunul la termenul stipulat în contractul de leasing;
- să exploateze bunul conform instrucțiunilor elaborate de către furnizor și să asigure instruirea personalului desemnat să îl exploateze;
- să nu greveze de sarcini bunul care face obiectul contractului de leasing fără acordul finanțatorului;
- să respecte termenele de plată și quantumul ratelor de leasing;
- să suporte cheltuielile de întreținere și alte cheltuieli ce derivă din contractul de leasing;
- să își asume totalitatea obligațiilor care decurg din:
 - folosirea directă a bunului sau prin prepușii săi (inclusiv riscul pierderii, distrugerii sau avarierii)
 - cazuri fortuite

pe întreaga perioadă a contractului în paralel cu plata ratelor de leasing până la atingerea valorii contractului de leasing;

- să nu împiedice finanțatorul în verificarea stării și a modului de exploatare a bunului;
- să informeze finanțatorul, în timp util, cu privire la orice tulburare venită din partea unui terț, referitor la dreptul acestuia de proprietate;
- să nu modifice obiectul contractului fără acordul prealabil al finanțatorului;
- să restituie bunul, respectând prevederile contractuale.

➡ **Asigurarea bunurilor**

Data fiind natura complexă a obiectului contractului de leasing – „bunuri imobile și mobile de folosință îndelungată aflate în circuitul civil” – se impune și mai mult asigurarea acestora, obligație ce revine finanțatorului.

Asigurarea bunului-obiect al contractului de leasing reprezintă o asigurare legală; prin efectul legii, raporturile de asigurare, drepturile și obligațiile părților în materie de asigurare nascându-se și stingându-se automat în virtutea legii, voința părților neputând influența desfășurarea raporturilor de asigurare.

Această asigurare este o asigurare de daune, având ca scop repararea prejudiciului.

Dată fiind valoarea mare a bunului asigurat, dacă valoarea directă nu este la îndemână, se poate apela la o coasigurare, suma asigurată fiind limitată de lege la valoarea bunului asigurat, nedepășindu-i valoarea.

Despăgubirea va fi plătită în limita sumei asigurate, fără a depăși valoarea bunului din momentul producerii cazului asigurat și nici cuantumul pagubelor efectiv suferite de asigurat.

Termenul de prescripție este, prin derogare de la termenul general de prescripție, de 2 ani, ceea ce ridică problema asigurării repetate de către finanțator a bunului după această perioadă.

Finanțatorul nu este oprit prin lege să pretindă și utilizatorului să se asigure.

Asigurarea împotriva riscului de neplată este o asigurare ce derivă din contract, nu din lege. Ordonanța Guvernului nr. 51/1997 stipulează însă dreptul finanțatorului de a rezilia contractul de leasing timp de două luni consecutive; acesta din urmă este obligat ca în momentul rezilierii contractului de leasing în aceste condiții să restituie bunul, să plătească ratele scadente cu daune-interese, dacă în contract nu se prevede altfel.

♦ Litigii și alte aspecte legate de neexecutarea obligațiilor contractuale

În cazul în care una din părți nu-și îndeplinește obligațiile asumate, încetarea contractului de leasing se poate produce prin **reziliere**. Clauzele de reziliere stipulate în contract pot fi în interesul finanțatorului sau al utilizatorului.

Rezilierea are ca efect obligarea utilizatorului la restituirea bunului către societatea de leasing și plata la daune-interese, indiferent că este vinovat de refuzul primirii bunului la termen stipulat sau de neexecutarea obligației de plată a ratei de leasing timp de două luni consecutive. Finanțatorul nu răspunde în cazul neprimirii de către utilizator a bunului.

Societatea de leasing are dreptul și la **acțiuni în revendicare** pentru recuperarea bunului atunci când utilizatorul l-a subînchiriat ori vândut, deoarece este proprietara acestui bun.

Operațiunile de leasing pot da naștere la numeroase litigii atât cu privire la natura operațiunilor, cât și, mai ales, cu privire la natura obligațiilor asumate de părți. O importanță deosebită în prevenirea unor astfel de evenimente o reprezintă includerea în contract a unor clauze speciale.

În România încă nu au fost soluționate litigii privind operațiunile de leasing, dar, pentru preîntâmpinarea lor și pentru a putea găsi soluții judiciare optime, trebuie cunoscute formele principale ce le îmbracă litigiul și să ne raportăm la jurisprudența din alte țări.

Litigiile pot fi grupate în trei categorii:

- refuzul de finanțare
- livrarea neconformă a bunului
- neplata ratelor de leasing.

Dacă părțile nu ajung la o înțelegere amiabilă, litigiile pot fi înaintate spre soluționare Curții de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.

Competența generală de drept comun în materia soluționării litigiilor comerciale o au instanțele judecătorești naționale.

SECȚIUNEA 1**COMPETENȚA INSTANȚELOR JUDECĂTOREȘTI****1.1. Dispoziții generale**

În materie civilă judecătoriile au competență generală (numită plenitudine de jurisdicție “*ratione materiae*”), fiind de competența tribunalelor doar litigiile ce depășesc 150 milioane de lei.

În materie comercială competența revine tribunalelor, cu excepția cererilor a căror valoare este de până la 10 milioane de lei inclusiv, litigii ce intră în competența judecătoriilor.

1.2. Norme generale de competență

Potrivit normelor în vigoare (Codul de procedură civilă), instanța competentă a soluționa litigiile comerciale este cea de la domiciliul, reședința, fondul de comerț sau sediul pârâtului.

Pentru persoane juridice sediul poate constitui chiar o filială, sucursală, agenție sau reprezentanță a societății comerciale (Legea nr. 105/1992 privind reglementarea raporturilor de drept internațional privat).

Pentru societăți sau asociații fără personalitate juridică, competența aparține fie instanței domiciliului persoanei căreia i s-a încredințat direcția sau președinția, fie, în lipsă, oricărui asociat, la instanța domiciliului acestuia.

Dacă sunt mai mulți pârâți, cu domiciliu, reședințe, fonduri sau sedii diferite, este suficient ca unul să aparțină teritoriului României pentru ca acțiunea să poată fi judecată în România.

Dacă pârâtul din străinătate nu are domiciliul cunoscut, competența aparține instanței române, dacă reclamantul are domiciliul sau reședința în țară.

Instanța judecătorească verifică din oficiu competența sa de a soluționa litigiul în legătură cu care este sesizată, putându-se recunoaște competență sau putând respinge cererea, ca nefiind de competența sa. O astfel de situație apare în cazul în care părțile, prin convenție, au recunoscut drept competență o instanță arbitrală.

SECȚIUNEA 2**ARBITRAJUL COMERCIAL**

Reglementarea de bază a arbitrajului privat în România este cuprinsă în Cartea a IV-a din Codul de procedură civilă, înlocuită azi de Legea nr. 59/1993. Noua reglementare constituie dreptul comun al oricărei forme de arbitraj privat voluntar:

- arbitraj “ad hoc” și arbitraj instituțional;
- arbitraj civil și arbitraj comercial;
- arbitraj intern și arbitraj internațional;
- arbitraj „în drept” și arbitraj “în echitate”.

2.1. Trăsăturile definitorii ale arbitrajului privat

a) Formă de jurisdicție convențională de drept privat

Arbitrajul reglementat de Cartea a IV-a este o cale convențională de soluționare a litigiilor. Prin convenția arbitrală – încheiată sub forma unei clauze înscrise într-un contract (clauză compromisorie) sau sub forma unui înscris separat (compromis) - părțile convin ca litigiul dintre ele să fie încredințat spre soluționare unor persoane particulare (arbitri), cu excluderea instanțelor judecătorești. Tribunalul arbitral își verifică propria sa competență de a soluționa un litigiu și hotărăște în această privință. Încheind convenția arbitrală, părțile se obligă să accepte hotărârea arbitrală și să o execute de bunăvoie. Codul de procedură civilă consacră expres caracterul definitiv și obligatoriu pentru părți al hotărârii arbitrale. În plus, în măsura în care hotărârea arbitrală nu a fost executată de bunăvoie, ea se investește cu formula executorie, constituind titlu executoriu ce se execută silit, întocmai ca și o hotărâre judecătorească.

Legiuitorul a înțeles astfel să recunoască și să reglementeze această formă de jurisdicție convențională, dându-i eficiență prin asimilarea, în anumite condiții, a hotărârii arbitrale cu o hotărâre judecătorească.

Se afirmă, în general, că arbitrajul prezintă, comparativ cu instanțele judecătorești, o serie de **avantaje**, ceea ce explică spectaculoasa sa dezvoltare, mai ales în comerțul internațional: o judecată mai rapidă, mai puțin formală, mai suplă, mai ieftină. Afirmatia conține, desigur, o doză de relativitate.

Nu se poate contesta însă că arbitrajul este apt să ofere o judecată mai apropiată de cerințele și spiritul relațiilor de afaceri, cel puțin prin confidențialitatea sa și prin atmosfera mai puțin adversarială în care se desfășoară. Soluționarea litigiului este încredințată unor oameni de specialitate care se bucură de încrederea părților. În cursul litigiului părțile trebuie să se comporte cu bună-credință și să coopereze cu tribunalul arbitral pentru ca arbitrajul să se finalizeze printr-o dreaptă hotărâre.

b) Autonomia de voință a părților

În concepția Cărtii a IV-a, profund dominată de principiile liberalismului juridic, arbitrajul este o instituție bazată pe autonomia de voință a părților. Cheia de boltă a arbitrajului o constituie convenția arbitrală, înțelegerea părților de a recurge la această cale de soluționare a litigiului dintre ele.

Părțile sunt libere, așadar, să recurgă sau nu la arbitraj și, dacă au optat pentru arbitraj, au latitudinea să-l organizeze și să stabilească desfășurarea lui cum cred de cuviință. Această regulă, enunțată în articolul 341 alin. 1 Cod de procedură civilă, este pe larg explicitată în alineatul 2: sub rezerva respectării ordinii publice sau a bunelor moravuri, precum și a dispozițiilor imperative ale legii, **părțile pot stabili prin convenția arbitrală sau prin act scris încheiat ulterior, fie direct, fie prin referire la o anumită reglementare având ca obiect arbitrajul, normele privind constituirea tribunalului arbitral, numirea, revocarea și înlocuirea arbitrilor, normele de procedură pe care tribunalul arbitral trebuie să le urmeze în judecarea litigiului, inclusiv procedura unei eventuale concilierii prealabile, repartizarea între părți a cheltuielilor arbitrale, conținutul și forma hotărârii arbitrale** și, în general, orice alte norme privind buna desfășurare a arbitrajului. În lipsa unor asemenea norme, tribunalul arbitral va putea reglementa procedura de urmat, astfel cum va socoti mai potrivit. Dacă nici tribunalul arbitral nu a stabilit aceste norme, se vor aplica dispozițiile prevăzute în continuare în Cartea a IV-a.

Intervenția instanțelor judecătorești în arbitraj nu trebuie să aducă vreo știrbire principiului autonomiei de voință a părților. Chiar atunci când, în urma unei acțiuni în anulare, desființând hotărârea arbitrală, instanțele judecătorești se vor pronunța, în fond, ele trebuie să se mențină în “limitele convenției arbitrale”.

c) Respectarea ordinii publice, a bunelor moravuri și a dispozițiilor imperative ale legii.

Autonomia de voință a părților are ca limită respectarea ordinii publice, a bunelor moravuri și a dispozițiilor legale imperative. Convenția arbitrală trebuie să se conformeze principiului înscris în articolul 5 Cod de procedură civilă, potrivit căruia nu se poate deroga prin convenții sau dispoziții particulare, la legile care interesează ordinea publică și bunele moravuri.

Atribuțiile instanțelor judecătorești și, mai ales, controlul judecătoresc al hotărârilor arbitrale se vor focaliza, în condițiile legii, asupra respectării acestui principiu în întreaga organizare și desfășurare a arbitrajului.

d) Autonomizarea arbitrajului

Legiuitorul noii Cărți a IV-a a urmărit să realizeze o autonomizare a arbitrajului față de instanțele judecătorești prin restrângerea intervenției acestora și lărgirea rolului arbitrilor și al instituțiilor permanente de arbitraj. Autonomizarea arbitrajului constituie o tendință constantă și bine marcată în evoluția arbitrajului pe plan mondial.

Legislațiile moderne mențin intervenția instanțelor judecătorești în arbitraj, dar nu sub forma unei imixțiuni în judecata arbitrală, ci sub forma unui concurs ori a unei asistențe la care pot recurge părțile atunci când, din diferite motive, arbitrajul se află în impas. În concepția acestor legislații, instanțele judecătorești sunt “une juridiction d'appui” având “a supportive and cooperative role”.

Controlul asupra hotărârilor arbitrale se exercită în limitele strict determinate de lege și urmărește, în general, respectarea ordinii publice și a principiilor fundamentale ale procedurii civile în vedere garantării unei corecte judecăți.

Aceeași concepție este prezentă și în Cartea a IV-a, atribuțiile instanțelor judecătorești în domeniul arbitrajului privat constând în:

- ➔ înlăturarea piedicilor ce s-ar ivi în organizarea și desfășurarea arbitrajului;
- ➔ controlul judecătoresc al hotărârilor arbitrale, efectuat prin:
 - judecarea acțiunii în anulare și, în caz de admitere, judecarea litigiului în fond, în limitele convenției arbitrale;
 - investirea cu formulă executorie a hotărârii arbitrale;
 - procedura recunoașterii și încuviințării executării hotărârilor arbitrale străine;
- ➔ executarea hotărârilor arbitrale.

Autonomizarea arbitrajului nu înseamnă o ruptură față de instanțele judecătorești, ci înlăturarea unor imixțiuni de natură să transforme arbitrajul într-o anexă care trebuie să fie îndeaproape tutelară. O ruptură nu ar fi indicată și nici nu ar fi posibilă, date fiind, pe de o parte, competența generală a instanțelor judecătorești în raport cu competența altor organe de jurisdicție, iar pe de altă parte, consacrarea, prin articolul 21 din Constituție, accesului liber la justiție.

e) Arbitraj “ad hoc” și arbitraj „instituțional”

Cu toată autonomizarea arbitrajului față de instanțele judecătorești, acestea păstrează o serie de atribuții care sunt mai largi în arbitrajul “ad hoc” și mai restrânse în arbitrajul instituțional. Aria de intervenție a instanțelor judecătorești este deci diferită după forma de organizare a arbitrajului. De aceea, mai înainte de a interveni în arbitraj, instanțele judecătorești trebuie să stabilească dacă se află în prezența unui arbitraj “ad-hoc” sau a unui “arbitraj instituțional”.

Caracterizarea exactă a arbitrajului prezintă interes practic întrucât o serie de atribuții care în arbitrajul “ad hoc” revin instanțelor judecătorești, în arbitrajul instituțional revin instituțiilor permanente de arbitraj.

Sub aspectul organizării arbitrajului, părțile au, în virtutea Codului de procedură civilă, următoarele posibilități:

- 1) să organizeze arbitrajul fără o asistență din afară sau, eventual, numai cu asistența arbitrului (arbitrilor);
- 2) să apeleze la o terță persoană fizică sau juridică (altă decât o instituție permanentă de arbitraj);
- 3) să recurgă la o instituție permanentă de arbitraj.

Arbitrajul ad hoc și arbitrajul instituțional sunt noțiuni legate de organizarea arbitrajului și nu schimbă cu nimic natura litigiului sau modul lui de soluționare, acesta fiind supus aceluiași regim juridic în ambele forme de arbitraj.

■ Noțiunea de arbitraj ad hoc (sau ocazional)

În primele două situații (1) și 2) de mai sus), tribunalul arbitral, adică arbitrul unic sau arbitrii investiți să soluționeze un litigiu determinat:

- se constituie numai cu ocazia ivirii aceluia litigiu;
- funcționează pe timpul desfășurării acestuia;
- își încetează existența juridică odată cu pronunțarea hotărârii sau cu expirarea termenului de arbitraj;

Un asemenea arbitraj este deci un arbitraj neinstituțional, adică un arbitraj organizat de părți pentru soluționarea unui litigiu determinat, în afara unei instituții permanente de arbitraj.

■ Noțiunea de instituție permanentă de arbitraj și de arbitraj internațional

În cea de a treia situație (3) de mai sus), părțile recurg, pentru soluționarea litigiului la o instituție specială de arbitraj. Cartea a IV-a se referă explicit în mai multe texte la o asemenea instituție fără însă a o defini; articolul 341 din Codul de procedură civilă, atunci când spune că părțile se pot referi

în convenția arbitrară la “o anumită reglementare având ca obiect arbitrajul”, are în vedere regulamentele și regulile de procedură arbitrală adoptate de astfel de instituții sau de unele organisme internaționale, cum este Regulamentul de arbitraj al Comisiei Națiunilor Unite pentru dreptul comercial – UNCITRAL – din 1976.

Pentru ca o instituție să poată fi calificată drept instituție permanentă de arbitraj este necesar să întrunească anumite **condiții**:

- să aibă în **obiectul său de activitate** organizarea arbitrajului privat voluntar, prestând sau fiind aptă să presteze un ansamblu de “servicii arbitrale” care să faciliteze și să monitorizeze arbitrajul spre a se finaliza printr-o hotărâre definitivă și obligatorie pentru părți, susceptibilă de executare silită;

- să aibă o **structură organizatorică prestabilită**, cu activitate continuă sau virtual continuă, cu o conducere proprie și personal care să asigure secretariatul arbitrajului, cu o bază materială corespunzătoare;

- să **dispună de un corp de arbitri**, selectați pe anumite criterii, dintre care părțile să aibă facultatea de a alege arbitrii sau dintre care instituția de arbitraj să nominalizeze arbitrii în condițiile convenției arbitrale și ale reglementărilor aplicabile;

- să se autoreglementsze, adică să **aibă un regulament propriu** de organizare și funcționare precum și **reguli de procedură arbitrală**.

Așadar:

O instituție permanentă de arbitraj înseamnă o instituție care îndeplinește condițiile de obiect, structură și funcționalitate, expuse mai înainte.

Arbitraj instituțional înseamnă un arbitraj organizat de o asemenea instituție permanentă, noțiunea de organizare implicând un ansamblu de activități sau servicii care duc la finalizarea arbitrajului printr-o hotărâre arbitrală.

Cele mai multe instituții de arbitraj din lume (Curtea de arbitraj a Camerei Internaționale de Comerț din Paris, Asociația americană de arbitraj, Curtea de arbitraj de la Londra, Institutul de arbitraj al Camerei de comerț din Stockholm etc.) sunt instituții de arbitraj administrat sau de organizare. Ele prestează servicii arbitrale, dar nu soluționează litigiul. Sunt structuri administrative, iar nu jurisdicționale. Asemenea instituții sau centre de arbitraj nu se prezintă ca o jurisdicție preconstituită ci, mai degrabă, ca un mecanism administrativ și procesual destinat să faciliteze organizarea arbitrajului.

Cea mai cunoscută și mai veche instituție permanentă de arbitraj din țara noastră este **Curtea de arbitraj comercial internațional** de pe lângă Camera de Comerț și Industrie. În ciuda denumirii, această Curte se ocupă și **de arbitrajul comercial intern ca și de arbitrajul ad hoc**. În ultimii ani au luat ființă și alte instituții de arbitraj pe lângă camerele de comerț și industrie județene.

Cambia, biletul la ordin și cecul sunt titluri de credit a căror reglementare formează materia dreptului cambial.

Ceea ce caracterizează în mod fundamental titlurile de credit față de celelalte titluri documentare utilizate în relațiile civile și comerciale este încorporarea creanței, a creditului, în însuși titlul, de unde și denumirea de titlu de credit.

SECȚIUNEA 1

CAMBIA

Terminologic, cambia își are originea în latinescul “cambium”, care era o varietate a contractului “*permutatio*”, desemnat pentru schimbul de bani contra bani, prin care anticii, având o monedă dată, doreau să o schimbe într-o altă monedă (ceea ce ar corespunde astăzi sintagmei “schimb valutar”).

1.1. Cambia – instrument de plată

Într-o etapă în care activitatea comercială suferea datorită caracterului rudimentar al comunicațiilor, insecurității transportului, dar și diversității monedelor de plată, cambia a cunoscut o nouă evoluție.

Comerciantul din statul A, în urma afacerilor încheiate în statul B, putea să dobândească o serie de creanțe față de comercianții din statul B (de exemplu să fi vândut o cantitate de marfă pe care cumpărătorul să se oblighe să o plătească la o dată ulterioară predării mărfii). Reîntors în statul B pentru alte afaceri, n-ar fi fost posibil cumva ca acel comerciant să se angajeze să-și plătească propriile datorii folosindu-se de creanța ce o avea împotriva cumpărătorului pentru care scadența plății nu se împlinise (care în dreptul cambial corespunde **raportului fundamental** ce stă la baza emiterii cambiei)?

Mecanismul ce face posibilă legătura între creanțe și datorii este următorul: comerciantul din statul A (numit **trăgător**) în loc să-și plătească în moneda din statul B, propriile datorii față de un creditor personal din statul B (numit **beneficiar**, iar raportul juridic dintre beneficiar și trăgător se numește **valoare furnizată**) va invita să plătească în locul lui pe cumpărătorul-debitor al plății prețului (numit **tras**).

Operațiunea juridică va îmbrăca următoarea formă: comerciantul din statul A (numit trăgător) redactează (trage) o cambie (înscrie) pe care, predându-l unei persoane numită beneficiar, dă dreptul acesteia din urmă să obțină plata unei sume de bani de la tras, la data consemnată în titlu.

Acesta este profilul cambiei din zilele noastre.

Avantajele operațiunii juridice prezentate sunt colosale:

- ♦ trăgătorul nu mai trebuia să efectueze schimbul de monedă pentru că trasul plătea beneficiarului în aceeași monedă, respectiv a statului B;
- ♦ trăgătorul nu mai trebuia să transporte moneda necesară plăților dintr-un stat în altul;
- ♦ beneficiarul urmărea la plată un comerciant (pe tras) de pe teritoriul pe care el însuși domicilia, deci putea apela pentru eventualele constrângeri la instanțele naționale.

Rămăneau însă o serie de **inconveniente** ce nu puteau fi, la acea dată, depășite, și anume:

- ♦ ce se întâmpla dacă trasul refuza să plătească;
- ♦ de ce n-ar fi posibil ca beneficiarul, până la scadență, să transmită cambia unor alte persoane, proprii creditori, stingându-și astfel datoriile fără o plată în numerar.

Pentru a fi sigur de plata trasului, beneficiarul trebuia să aibă aceleași drepturi cu ale transmițătorului-trăgător.

Două ar fi aspectele ce se impun a fi analizate pentru a înțelege importanța circulației cambiei:

1) pe de o parte că transmiterea titlului (cambiei) presupune existența unui interval de timp suficient de lung între momentul tragerii cambiei și cel al scadenței acesteia (problemă ce va fi tratată în secțiunea 1.2.);

2) pe de altă parte, care ar trebui să fie tehnica juridică cea mai potrivită pentru transmiterea cambiei. Această problemă a fost soluționată prin recurgerea la procedura cesiunii de creanță, instituție existentă în dreptul civil, dar care, pentru a fi preluată în materie comercială necesita o serie de corective.

1.2. Cambia – instrument de credit

Prin aceea că plata urmează a se face la o dată ulterioară, cambia constituie un instrument de credit.

În ipoteza prezentată la începutul secțiunii 1.1. a prezentului capitol, cea a vânzării-cumpărării încheiate între trăgătorul-vânzător și trasul-cumpărător, acesta din urmă, debitor pentru plata prețului mărfii, are suficient timp să revândă marfa, să încaseze prețul și să-și plătească datoria la împlinirea scadenței cambiei.

În ceea ce-l privește pe beneficiar (ca titular al unei creanțe față de trăgător) ca posesor al titlului, fie așteaptă ca titlul să devină exigibil (să ajungă la maturitate prin împlinirea scadenței), fie transmite cambia unui bancher, ce, la rândul lui, o poate resconta.

Cambia prezintă avantajul de a reprezenta creanța, iar posesia (deținerea) titlului îi conferă dobânditorului garanția plății, așa încât operațiile de scontare și rescontare de cambii sunt frecvente în practica bancară.

1.3. Caracterele cambiei

Pentru a întări statutul juridic al deținătorului titlului, legea a consacrat caracterul comercial, de o rigoare accentuată, literal, autonom și abstract al obligației cambiale. Toate acestea nu sunt decât consecințe sau, mai bine zis, manifestări ale formalismului cerut pentru existența valabilă a titlului (vom vedea în secțiunea 1.4. cele opt condiții de formă obligatorii, pe când existența raportului fundamental – corespunzând provizionului din dreptul francez, nu este absolut necesară pentru valabilitatea cambiei în dreptul român); îndeplinirea condițiilor de formă prevalând de cele mai multe ori asupra celor de fond.

Obligația va fi **comercială** indiferent care este natura raportului fundamental care l-a determinat pe semnatar să se oblige cambial, deci chiar când acesta este un necomerciant; va fi caracterizată de un **rigorism accentuat** al executării, în sensul că este exclusă stipularea vreunui termen de grație (nu este permisă amânarea scadenței; dacă termenul de plată este, să presupunem, 01.10.2001, acesta nu poate fi prelungit), constatarea refuzului de acceptare sau de plată al debitorului (precizăm anterior că trasul nu devine obligat cambial decât prin acceptarea cambiei) se face în formă solemnă (dresarea protestului), iar exercitarea regresului (când trasul-acceptant, debitor direct, nu plătește, devin obligați să plătească debitorii indirecti: trăgătorul, avalistii lui, giranții anteriori sau avalistii lor, iar acțiunea îndreptată împotriva acestora poartă denumirea de acțiune în regres) se face printr-o procedură simplificată.

➤ **Caracterul literal** rezidă în aceea că existența și întinderea obligației sunt fixate numai prin mențiunile inserate în titlu.

Reamintim că însăși dobândirea calității de semnatar presupune manifestarea voinței de a se angaja cambial (prin depunerea semnăturii pe titlu ca: tras-acceptant, beneficiar, girant, giratar sau avalist).

Caracterul literal este evident dacă menționăm următorul exemplu: giratarul-mandatar are, în temeiul unui contract de mandat cu titlu oneros, o creanță împotriva beneficiarului-mandant în valoare de 10 milioane lei, iar pe cambie suma înscrisă este de 9 milioane lei; la întrebarea care va fi suma ce trebuie plătită giratarului, trebuie să înțelegem că, deși raporturile directe mandant-mandatar dau naștere unei creanțe mai mari (de 10 milioane lei), în temeiul raporturilor cambiale, singura sumă valabilă a fi cerută este cea de 9 milioane lei. **Ceea ce prevalează în cambie este ceea ce este înscris în ea** și poate fi cunoscut astfel de orice semnatar (și nu raporturile juridice extra-cambiale dintre semnatar; în cazul nostru nu 10 milioane lei, ci 9 milioane lei, cât datora trasul trăgătorului când a fost trasă cambia).

➤ Totodată, obligația cambială este **autonomă**, adică angajamentul cambial al fiecărui semnatar deține o poziție juridică de-sine-stătătoare; validitatea lui nu poate fi afectată nici de nulitatea, nici de viciile obligațiilor altor semnatar.

➤ Este, în fine, **abstractă**, în sensul că este independentă de raportul fundamental care a generat-o.

Așadar, cambia se prezintă ca un titlu **complet**. Dacă lipsește vreuna dintre mențiunile considerate esențiale, obligația cambială nu poate fi salvată prin recurgerea la alte documente, chiar dacă în însuși titlul cambial se face trimitere la acestea.

Adoptând o **definiție pur formală**, vom considera **cambia** ca fiind titlul care, predat (remis) de către trăgătorul beneficiarului, conferă acestuia din urmă, sau aceluia la al cărui ordin a fost emis, dreptul de a face să se plătească, la o dată determinată, o anumită sumă de bani sau, după Vivante este “un titlu de credit formal și complet, conținând obligațiunea de a plăti, fără contraprestațiune, o sumă de bani, la scadență și în locul care sunt menționate în ea”.

1.4. Mențiuni obligatorii

• Cambia, ca înscris prin care o persoană, numită trăgător sau emitent, dă dispoziție altei persoane, numită tras, să plătească la scadență o sumă de bani unei a treia persoane, numită beneficiar, sau la ordinul acesteia, conține următoarele mențiuni obligatorii:

- ◆ denumirea de cambie;
- ◆ ordinul necondiționat de plată a unei sume determinate;
- ◆ indicarea numelui trasului;
- ◆ indicarea scadenței;
- ◆ indicarea locului de plată;
- ◆ indicarea numelui beneficiarului;
- ◆ indicarea datei și locului emiterii;
- ◆ semnătura trăgătorului.

Legea nr. 58/1934 privind cambia și biletul la ordin dispune că absența vreuneia din mențiunile de mai sus au drept consecință faptul că un astfel de înscris nu mai are valoarea de cambie, putând fi însă considerat un act sub semnătură privată, constatând o obligație de drept comun.

Pe de altă parte, în Legea nr. 58/1934 se menționează că absența unora din clauzele obligatorii este suplinită prin norme introduse în acest scop. Astfel, **în cazul în care nu se indică scadența**, se consideră că titlul este plătitibil “la vedere”, **când lipsește indicarea locului plății**, se consideră că plata se face la locul arătat lângă numele trasului, iar în **absența precizării locului emiterii** se naște prezumția că aceasta s-a produs în locul indicat lângă numele trăgătorului.

a) Existența unui înscris

Nu poate exista obligație cambială verbală. Toate declarațiile cambiale trebuie să fie complete, precise și să rezulte din titlu, căci, conform unei formule clasice: “*quod non est in cambio non est in mundo*”.

Nerespectarea acestei condiții nu poate avea decât o singură consecință: aceea a nevalabilității obligației cambiale.

În mod obișnuit obligațiile cambiale se asumă pe formulare-tip ce există în comerț, purtând timbrul legal necesar.

b) Denumirea de cambie

Dintre mențiunile obligatorii cuprinse în Legea nr. 58/1934, prima o constituie denumirea de cambie, care trebuie să se regăsească “*expresis verbis*” în titlu și trebuie să fie exprimată în limba întrebuițată pentru completarea acestuia. Această rigoare este justificată prin avertismentul dat celui care emite o cambie, asupra consecințelor pe care le are crearea acestui titlu.

În legea română în materie de cambie, denumirea de cambie nu poate fi înlocuită cu altele existente în uz, cum ar fi acela de **trată** sau **poliță**, folosite în trecut.

Normele-cadru ale Băncii Naționale a României prevăd că lipsa denumirii de cambie atrage nulitatea, interzicându-se ca denumirea de cambie să fie trecută pe marginea, diagonală sau partea de jos a titlului, fiind obligatoriu să figureze deasupra semnăturii trăgătorului.

c) Ordinul necondiționat de plată a unei sume determinate

A doua mențiune obligatorie constă în stipularea în titlu a unui ordin necondiționat, adresat de trăgător trasului, de a plăti o sumă de bani determinată. Această condiție cuprinde două elemente corelative: ordinul de plată și suma determinată.

În ceea ce privește primul element, caracterul său necondiționat rezidă în aceea că ordinul de plată nu poate fi supus unei contraprestații, nu poate fi subordonat unei condiții suspensive sau rezolutorii și nu poate cuprinde nici clauze sau condiții în sens impropriu, care ar limita obligația cambială sau ar face-o să depindă de cuprinsul unui alt înscris sau de raportul juridic existent între trăgător și tras, între trăgător și beneficiar sau între alți semnatori ai cambiei. Această interpretare se bazează pe faptul că voința de a se obliga cambial se exprimă prin ordinul de plată; ori dacă acesta ar fi

afectat de vreo condiție sau rezervă, nu ar putea fi considerat ca fiind o manifestare de voință în acest sens, iar pe de altă parte, nemaifiind cunoscute pe deplin condițiile plății, ar fi afectată valoarea de circulație a titlului.

Formula ce poate fi utilizată constă în imperativul “Plățiți” sau orice expresie sinonimă, ca de exemplu “Vă rog a plăti”.

Suma de plată trebuie să fie determinată și exprimată întotdeauna în numerar. Această precizare asigură circulația cambiei, deoarece numai astfel se poate ști de către posesorul titlului ce i se datorează la scadență, iar debitorul va avea certitudinea întinderii obligației sale.

d) Indicarea numelui trasului

Poate fi desemnat ca tras orice subiect de drept, persoană fizică sau juridică. Indicarea trasului nu creează de la sine obligația de plată în sarcina sa, numai acceptarea trasului producând acest efect.

Pentru identificarea trasului nu este necesară scrierea numelui întreg (nume și prenume), în dreptul cambial român fiind suficient să se arate doar numele de familie. Prenumele poate lipsi sau să fie indicat doar prin inițiala acestuia sau să fie abreviat. Chiar o greșeală de ortografie în indicarea numelui de familie nu poate atrage nulitatea titlului, atât timp cât numele este astfel scris încât să permită identificarea celui desemnat ca tras. Același principiu este valabil în cazul firmei individuale sau sociale sau a unei denumiri.

e) Indicarea scadenței

Potrivit Legii nr. 58/1934 scadența poate fi formulată în patru moduri diferite:

1. scadența la vedere (la prezentare, la cerere)

Această formulă îl îndreptățește pe beneficiar să pretindă plata la data la care are interesul să o obțină. El o poate cere, în principiu, chiar în ziua emiterii titlului, dar în maximum un an de la această dată.

2. scadența la un anumit timp de la vedere

Îl obligă pe posesor să prezinte cambia debitorului oricând îi convine, urmând ca de la acea dată înainte să curgă termenul de exigibilitate.

3. scadența la un anumit timp de la data emiterii

Dacă țara de emisiune și cea de plată au calendare diferite, scadența se stabilește socotindu-se din ziua care corespunde celei de emisiune potrivit calendarului locului de plată.

4. scadența la o zi fixă

Și în acest caz data exigibilității se consideră fixată după calendarul locului de plată, dacă diferă de cel al țării de emisiune.

Indiferent de modalitatea utilizată, scadența cambiei trebuie să fie precisă și necondiționată, nu cu termene cumulative, alternative sau succesive, ci una singură pentru toată suma. Cambia care nu cuprinde o astfel de scadență este nulă.

f) Indicarea locului plății

Cambia trebuie să indice și locul plății. Aceasta se face fie la locul indicat în cambie ca loc de plată, fie, în lipsa acestei indicații, la locul arătat lângă numele trasului. Acesta poate avea însă interesul ca plata să fie făcută la domiciliul unei alte persoane, din aceeași localitate sau din alta. Astfel, potrivit Legii nr. 58/1934, se stabilește că dacă în cambie nu se precizează că plata va fi făcută de însuși trasul la domiciliul terțului, se presupune că ea va fi făcută de către terț. Acest gen de cambii se numesc domiciliatate, iar cel ce va plăti, terț domiciliat.

De regulă, indicarea locului de plată ca și a terțului domiciliat se face de către trăgător la emiterea cambiei. Dacă acesta menționează numai locul de plată și acesta este altul decât domiciliul trasului, acesta poate el indica persoana care va face plata la locul menționat de trăgător. În lipsa unei asemenea mențiuni din partea trasului acceptant, se consideră că s-a obligat să plătească el însuși la locul precizat. Când cambia este plătitibilă la domiciliul trasului, acesta poate indica la acceptare o adresă în localitatea plății.

Dacă locul plății indicat în cambie este diferit de cel al domiciliului trasului, cambia trebuie prezentată la acceptare în acel loc.

g) Indicarea numelui beneficiarului

În cambie este obligatorie indicarea numelui beneficiarului, care este totodată primul posesor legitim al cambiei.

Trăgătorul are dreptul să se desemneze în cuprinsul titlului pe sine însuși ca beneficiar, după cum pot fi arătați mai mulți beneficiari, în mod alternativ. De remarcat că prin beneficiar se înțelege fie persoana îndreptățită să ceară, în nume propriu sau prin mandatar, plata datorată, fie subiectul de drept la ordinul căruia aceasta trebuie să fie efectuată.

Deci, orice cambie, cu excepția celei în alb, se prezintă ca un titlu cu beneficiarul nominal individualizat.

h) Indicarea datei și locului emiterii

⇒ Utilitatea menționării **datei** emiterii este multiplă:

- calcularea termenelor cambiilor cu scadență la un anumit termen de la vedere;
- pe baza ei se poate stabili dacă trăgătorul era sau nu capabil când și-a asumat obligația cambială;
- pentru verificarea îndeplinirii condițiilor de formă esențiale la momentul emiterii titlului în aplicarea principiului "*tempus regit actum*".

Data trebuie să fie exprimată neechivoc, să fie certă și posibilă.

Data înscrisă pe cambie este considerată certă și opozabilă tuturor. Dacă ea este totuși contestată, dovada datei reale poate fi făcută prin orice mijloc de probă de către debitorul interesat.

⇒ Spre deosebire de dată, a cărei lipsă atrage nulitatea titlului, lipsa **locului** emiterii este suplinită de lege. Numai când lipsesc atât data cât și locul emiterii, cambia este nulă.

În special pentru cambiile cu circulație internațională indicarea locului emiterii este utilă pentru a se verifica, în funcție de loc, dacă au fost îndeplinite condițiile de formă cerute de legea locului, în conformitate cu principiul de drept internațional privat: "*locus regit actum*".

În privința timbrării cambiei, trebuie precizat că data de pe ștampila timbrului nu suplinește absența datei emiterii, iar aplicarea timbrului cu menționarea adresei suplinește absența locului emiterii.

i) Semnătura trăgătorului

Ultima mențiune obligatorie o constituie semnătura trăgătorului. Legea nr. 58/1934 nu a stabilit și elementele din care trebuie să fie alcătuită o semnătură, aceasta rămânând în sarcina legiuitorului național.

Semnătura trebuie să fie **autografă**, ca semn distinctiv al celui ce semnează și ca expresie grafică a voinței de a se obliga cambial.

Lipsa semnăturii poate fi invocată de orice persoană interesată ca o excepție obiectivă.

Nu sunt admise semnăturile tipărite, litografiate, prin aplicare de sigiliu sau ștampilă, ele atrăgând nulitatea cambiei.

1.5. Transmiterea cambiei prin gir

Girul este un act juridic prin care posesorul cambiei, numit girant, transmite altei persoane, numită giratar, toate drepturile izvorând din titlu.

Girul se menționează **pe dosul cambiei** (de unde și denumirea de "andosare") sau pe un înscris separat numit allonge prin folosirea formulei "Plătiți lui ..." sau "Plătiți la ordinul lui ...". Această mențiune trebuie urmată de semnătura girantului și de dată, precum și de **predarea** (remiterea titlului).

În funcție de obiectul transmiterii:

- ♦ girul translativ (incluzând transmiterea drepturilor și a garanțiilor decurgând din cambie, legitimarea și garanția acceptării și a plății);
- ♦ girul netranslativ.

☒ **Girul translativ** produce efectul de **a investi pe giratar cu un drept propriu și autonom**, deci noul titular dobândește drepturi mai mari decât antecesorul său (în sensul că excepțiile opozabile acestuia nu pot fi valorificate față de cel dintâi). Doctrina română a soluționat și controversa privind drepturile reale accesorii, în sensul că, odată cu titlul se transmit și garanțiile accesorii.

Girul translativ produce și **efectul de legitimare** a posesiunii titlului: deținătorul unei cambii este socotit posesor legitim dacă justifică dreptul său printr-un șir neîntrerupt de giruri.

În temeiul girului translativ, girantul își asumă **răspunderea față de giratar pentru acceptarea și plata cambiei** în solidar cu toți ceilalți semnatori ai titlului; girantul își asumă dubla obligație de a face să se plătească, fiind totodată ținut să achite personal cambia în cazul refuzului trasului.

☒ **Girul netranslativ** poate fi:

- ♦ pignorativ (constituie în favoarea girantului un drept de gaj asupra creanței cambiale prin inserarea clauzei valoare în garanție sau valoare în gaj);
- ♦ pentru procură (pentru încasare) – imputernicește pe giratar să încaseze în numele girantului, suma înscrisă în titlu.

1.6. Avalul

Avalul este garanția asumată de o persoană că titlul va fi plătit la scadență.

Persoana care-și asumă obligația de garanție se numește **avalist**, iar persoana garantată se numește **avalizat**.

Avalul este o instituție întâlnită în mod frecvent în practica comercială bancară. Pentru a acorda credite, societățile bancare cer solicitanților de credit ce garantează restituirea împrumutului cu efecte de comerț (cambii sau bilete la ordin), să obțină avalizarea titlurilor de către o persoană, care să asigure astfel îndeplinirea obligației debitorului împrumutat.

Avalul nu este folosit numai în ipoteza prezentată, ci în mod curent în circulația cambială, când un semnatar al titlului nu se bucură de prea multă încredere în ceea ce privește plata acestuia și de aceea se adresează unei alte persoane, de obicei un terț, pentru a semna alături de el, garantând astfel îndeplinirea obligațiilor cambiale. Uneori, pentru a se feri de umbra de îndoială ce o poate atrage utilizarea avalului, conducând la discreditaarea avalizatului, se practică deghizarea garanției sub forma garantării cambiei sau a girării acesteia.

Avalul se înscrie pe cambie și se semnează de către persoana care-l dă, folosindu-se mențiunea “Pentru aval” pusă pe fața titlului.

Avalul se poate da pentru garantarea executării obligației fie de către tras, fie de către trăgător sau chiar pentru alt avalist.

Avalul prezintă următoarele **particularități**:

- nu poate fi dat sub condiții;
- poate garanta numai o parte a obligației;
- dacă nu se precizează persoana avalizată, se presupune că avalul este dat pentru garantarea obligațiilor trăgătorului.

Efectele avalului sunt:

- deși se aseamănă cu fidijusorul, avalistul nu dispune de beneficiul de discuțiune (ci doar de cel în diviziune), chiar în cazul nulității obligației avalizatului, avalistul rămâne ținut la plată.
- avalistul poate opune posesorului titlului excepțiile pe care debitorul avalizat le avea contra lui.
- prin plata cambiei avalistul se subrogă în drepturile posesorului-plătit putându-și exercita acțiunea directă contra trasului (sau avaliştilor lui) sau acțiunea de regres contra: trăgătorului, giranților (și avaliştilor lor).

SECȚIUNEA 2

BILETUL LA ORDIN

Biletul de ordin este un înscris prin care o persoană, numită emitent sau subscriitor, se obligă să plătească o sumă de bani la scadență unei alte persoane, numită beneficiar sau la ordinul acesteia.

2.1. Mențiuni obligatorii

Potrivit Legii 58/1934 biletul de ordin, pentru a fi valabil trebuie să conțină:

- denumirea de bilet la ordin;
- promisiunea necondiționată de a plăti o sumă determinată;
- scadența;
- locul de plată;
- numele beneficiarului;
- data și locul emiterii;
- semnătura emitentului.

Pentru că regimul juridic al biletului la ordin se aseamănă cu cel al cambiei, prezentăm principalele trăsături ce **le deosebesc**:

- din punctul de vedere al numărului de condiții de valabilitate, cambia conține mai multe (8) față de biletul la ordin (7), la acesta din urmă lipsind indicarea numelui trasului, pentru că, la biletul la ordin trăgătorul și trasul se identifică;

- biletul la ordin presupune doar doi participanți: emitentul (trăgător) și beneficiarul, față de cambie care presupune trei participanți;
- la biletul de ordin, cel ce se angajează să plătească este chiar emitentul;
- biletul la ordin nu se prezintă la acceptare; nici chiar în cazul biletului la ordin cu scadență la un anumit timp de la vedere care trebuie prezentat în termen de 1 an de la emitere, această prezentare nu are valoarea unei acceptări a titlului, ci servește doar la determinarea momentului exigibilității;
- în lipsa precizării în titlu a locului emiterii se subînțelege că acesta este cel menționat ca loc de plată (pentru că emitentul este și cel care plătește).

SECȚIUNEA 3

CECUL

Cecul este un înscris prin care o persoană numită trăgător dă ordin unei bănci, la care are un disponibil bănesc, bancă numită tras, să plătească, la prezentarea titlului, o sumă de bani altei persoane, numită beneficiar.

3.1. Mențiuni obligatorii

Potrivit Legii nr. 59/1934, privind cecul, pentru valabilitatea acestuia trebuie să conțină următoarele mențiuni obligatorii:

- denumirea de cec;
- mandatul (ordinul) necondiționat dat băncii de a plăti o anumită sumă de bani;
- numele trasului (banca);
- locul de plată;
- data și locul emiterii;
- semnătura trăgătorului.

Deși cecul are un regim juridic asemănător cambiei, se **deosebește** de aceasta prin:

- raportul juridic existent între tras și trăgător, numit fundamental la cambie, poartă denumirea de provizion sau disponibil la cec și este esențial pentru existența acestuia, constând într-un contract încheiat între trăgător și banca unde se constituie acest disponibil, fie sub forma unui depozit bănesc, fie ca urmare a unei deschideri de credit;

- cecul nu poate fi emis decât în limita sumei constituită ca provizion;

- la cec trasul nu poate fi decât o bancă;

- numărul de condiții obligatorii este mai redus la cec, lipsind: numele beneficiarului (pentru că această mențiune este facultativă la cec, pe când pentru cambie legea nu permite cambia la purtător, admitând ca numele beneficiarului să nu fie indicat la emitere, ci doar ulterior, doar la cambia în alb), dar și scadența (pentru că cecul este plătitibil, fără excepție “la vedere”, motiv pentru care este considerat doar un instrument de plată, nu și de credit);

- cecul nu poate fi tras asupra trăgătorului însuși, spre deosebire de cambie;

- în timp ce cambia în mod normal urmează a fi acceptată de tras (excepție cambia “la vedere”), cecul nu poate fi acceptat, chiar dacă ar exista o mențiune de acceptare înscrisă pe titlu, aceasta se consideră nescrisă;

- pe când posesorul cambiei poate acționa la alegerea sa, fie împotriva acceptantului și avaliştilor săi, fie împotriva debitorilor de regres, beneficiarul cecului are la dispoziție doar acțiunea de regres contra giranților, trăgătorului și celorlalți din aceeași categorie. Cecul este incompatibil cu acțiunea directă (contra acceptantului) pentru motivul că trasul (banca), lipsind obligația acceptării, nu are calitatea de debitor cambial.

Cele mai importante avantaje sunt:

- existând un credit, plata este amânată până la împlinirea scadenței;
- se sting printr-o singură plată mai multe datorii;
- având caracter de acte publice, există o mai mare siguranță privind existența și circulația lor valabilă;
- executarea este rapidă, fiind asigurată de o procedură specială;
- există căi multiple de executare: fie cambială (directă, de regres), dar și extracambială (acțiunea causală și îmbogățirea fără justă cauză);
- solidaritatea plății; cu cât există mai mulți semnatori, cu atât securitatea creditului crește.

FIGURA CAMBIEI

